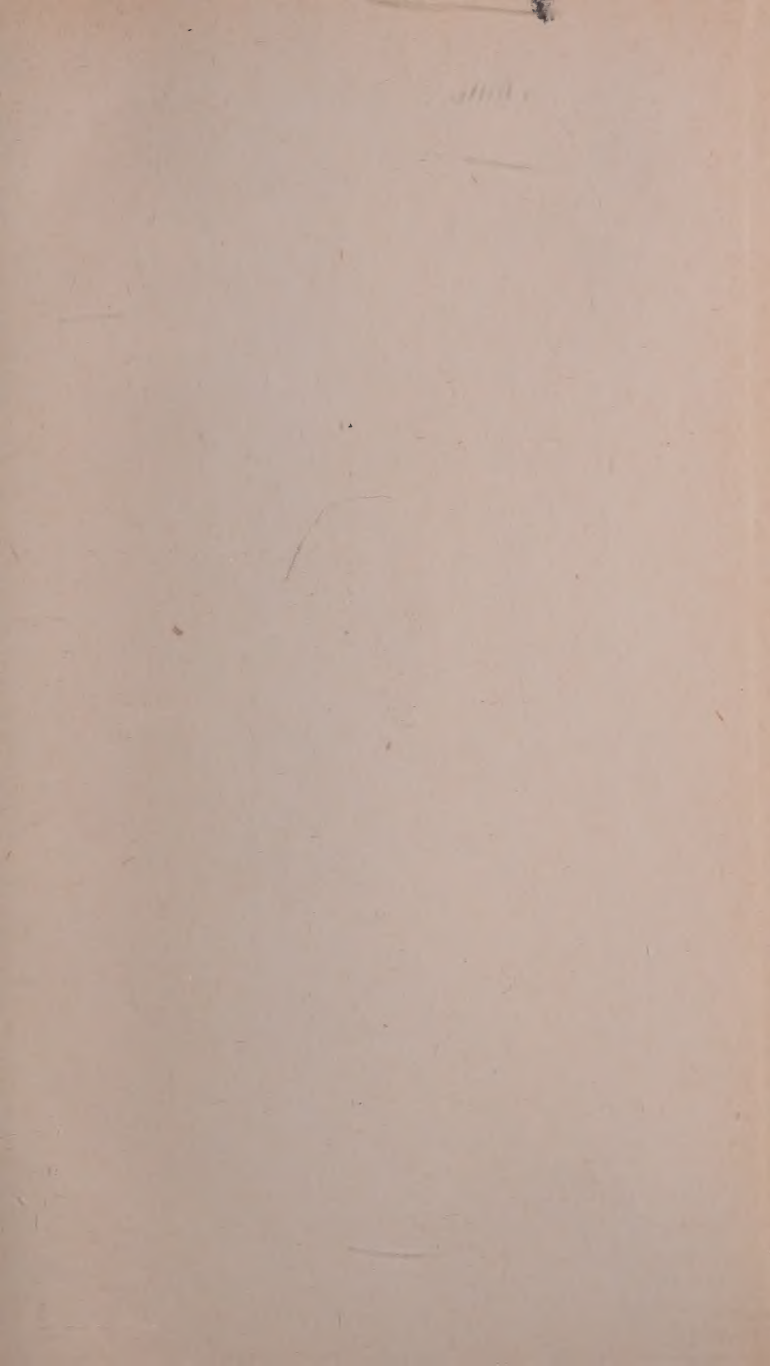




LE MARIAGE

EN

DROIT CANONIQUE

IMPRIMERIE
CONTANT-LAGUERRE



BAR LE-DUC

A. ESMEIN

PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS
PRÉSIDENT DE LA SECTION DES SCIENCES RELIGIEUSES DE L'ÉCOLE PRATIQUE
DES HAUTES ÉTUDES

LE MARIAGE

EN

DROIT CANONIQUE

Deuxième édition mise à jour

PAR

R. GÉNESTAL

et

Jean DAUVILLIER

Professeur à la Faculté de droit de Paris
Directeur d'études
l'Ecole pratique des Hautes Etudes

Docteur en droit
Diplômé de l'École pratique
des Hautes Études

TOME SECOND

LIBRAIRIE

DU

RECUEIL SIREY

(SOCIÉTÉ ANONYME)

22, Rue Soufflot, PARIS

1935

29655



PRÉFACE

DE LA PREMIÈRE ÉDITION

J'ai entrepris d'exposer, pour ceux que l'histoire du droit intéresse, les principales théories canoniques dont l'influence a été grande sur le développement du droit privé chez les nations de l'Europe occidentale. Les institutions que je veux étudier ainsi sont le mariage, les contrats et obligations, la possession, la prescription et les testaments¹. Je publie aujourd'hui le traité du mariage, qui, par lui-même, forme un tout et un ouvrage indépendant.

Les institutions comprises dans mon programme, sauf celle qui fait le sujet du présent livre, rentrent toutes dans cette partie du droit canon, qui n'est plus maintenant qu'une législation morte. Le mariage, au contraire, appartient à sa partie encore vivante. Mais, même en ce qui le concerne, je me suis surtout attaché à la jurisprudence du passé. Je n'ai songé en aucune façon à composer un traité complet, encore moins un traité usuel du mariage canonique. J'ai voulu simplement écrire l'histoire d'un système juridique original et important. C'est le droit canonique étudié par un homme du dehors, qui l'envisage seulement en jurisconsulte et en historien.

Paris, février 1891.

1. J'ai laissé de côté la procédure, qui est largement représentée dans la littérature moderne du droit canonique.

THE

OF THE

THE

PRÉFACE

DE LA SECONDE ÉDITION

La mort de Robert Génestal avait laissé inachevée la réédition de l'ouvrage d'Esmein, dont seul le premier volume avait été publié. Dans la révision qu'il avait poursuivie jusqu'à la dernière page, Robert Génestal avait voulu respecter autant que possible le texte même du maître, et avait ajouté entre crochets les compléments et les modifications qu'apportaient les travaux modernes et ses recherches personnelles, qui concernaient plus particulièrement le droit de l'époque franque.

Chargé de terminer ce travail, nous l'avons mené dans le même esprit : des alinéas nouveaux et des notes, munies de nos initiales, résument le fruit de nos recherches personnelles, et les résultats acquis par les ouvrages parus depuis la mort de Robert Génestal, dont plusieurs ont d'ailleurs été publiés sous son inspiration. Quelques notes sur l'époque carolingienne sont dues à l'érudition de notre savant ami M. l'Abbé de Clercq, et portent ses initiales. Le lecteur trouvera à la fin du volume un chapitre additionnel sur les réformes profondes qu'ont apportées au droit du mariage la législation de Pie X, la codification qu'il a entreprise, qu'a terminée Benoît XV, et qu'a complétée la jurispru-

dence des Congrégations romaines, et spécialement de la *Rota Romana*. Nous avons voulu faire la synthèse du droit canonique contemporain, en prenant comme point de départ le droit moderne, demeuré quasi immobile depuis la réforme tridentine, et compléter ainsi l'œuvre d'Esmein et de Génestal.

Toute notre ambition a été de mettre au point le livre qui demeure l'ouvrage fondamental sur l'histoire du mariage dans le droit de l'Église latine, et de publier les dernières notes d'un maître pour la mémoire de qui nous avons gardé une toute particulière vénération. Nous sommes heureux d'exprimer à cette occasion notre affectueuse reconnaissance à M. le Professeur Le Bras, qui, aux côtés de Robert Génestal, nous a formé à une science qui doit tant à ses travaux.

Jean DAUVILLIER.

Paris, octobre 1935.

DEUXIÈME PARTIE

LE DROIT DU MARIAGE JUSQU'AU CONCILE DE TRENTE

(suite.)

TITRE TROISIÈME

LES EFFETS DU MARIAGE ET LA SÉPARATION DES ÉPOUX. LES SECONDES NOCES. LE CONCUBINAT.

CHAPITRE I

Les effets du mariage.

SECTION PREMIÈRE : *Les effets du mariage quant aux époux.* — I. L'égalité entre les époux; l'autorité du mari. — II. L'obligation au devoir conjugal. — III. La *rindictio* et la *restitutio* des époux. — IV. Le vœu de continence; le vœu simple; l'entrée en religion.

SECTION DEUXIÈME : *Les effets du mariage quant aux enfants.* — I. La filiation légitime; la preuve du mariage, de la maternité et de la paternité. — II. Le mariage putatif. — III. La légitimation des enfants naturels.

SECTION PREMIÈRE

Les effets du mariage quant aux époux¹.

Dans les dispositions dans lesquelles il règle les effets du mariage quant aux époux, le droit canonique n'a eu en vue

1. J'ai indiqué plus haut, t. I, p. 63, que je laisse de côté tout ce qui concerne les rapports quant aux biens.

que deux choses : 1° établir l'égalité entre les conjoints dans la mesure du possible ; 2° assurer le maintien de la vie commune et l'accomplissement du devoir conjugal. Je me placerai successivement à ces deux points de vue.

I

La maxime *conjuges non ad imparia judicantur*, strictement interprétée, devait conduire à éliminer du droit canonique toute puissance maritale. Celle-ci, en effet, est absolument écartée en ce qui concerne le patrimoine : sur ce point d'ailleurs, le droit romain, auquel se référaient les canonistes, fournissait à lui seul ce résultat. Sauf les restrictions dérivant du régime dotal, la femme pouvait librement accomplir tous actes juridiques et disposer de ses biens sans l'assentiment du mari ¹.

Mais, cependant, à certains points de vue, le droit canonique reconnaissait la supériorité du mari sur la femme et en tirait des conséquences. Cela découlait nécessairement de la tradi-

1. Panormit., sur c. 11, X, *De furtis*, V, 18 : « Aut uxor ultra dotem habet alia bona, et tunc de eis potest facere eleemosynam, quia de illis maritus non potest se intromittere, contradicente uxore. Aut non habet alia bona ultra dotem, et tunc, contradicente marito, non potest facere eleemosynam, quia dominium rei dotalis pertinet ad maritum, constante matrimonio ».

[Jean Faure affirme, conformément à cette doctrine, que la femme mariée peut agir sans autorisation maritale « in curia ecclesiastica, quae non utitur illis consuetudinibus », *Super Codice*, VI, 60, *de bonis maternis*, n° 3. Mais le *Registre de l'officialité de Paris* nous montre que la jurisprudence de cette officialité était conforme à la coutume séculière. En effet, on voit, tout comme en cour laïe, tantôt le mari et la femme agir conjointement, tantôt la femme se présenter avec l'autorisation maritale (col. 255, al. 2). Quand le demandeur fait citer une femme mariée, il doit également faire citer le mari à fin d'autorisation (col. 28, al. fin.; col. 162, al. 1). Remarquez toutefois que, d'après la jurisprudence de la cour du roi au xiii^e siècle et celle de l'officialité de Paris au xiv^e, le mariage clandestin laisse à la femme sa pleine capacité; elle n'est soumise à la nécessité de l'autorisation maritale que s'il y a eu *solemnizatio* (*Olim*, I, p. 460, n° 5, 1259; *Reg. de l'officialité de Paris*, col. 172, al. fin. et 187, al. 2)].

tion apostolique et des célèbres paroles de saint Paul ¹. Aussi, bien que beaucoup de docteurs tinssent que, *jure canonico*, la femme n'était point du tout *in potestate viri*, il était plus conforme à la vérité de reconnaître à celui-ci une certaine puissance ², bien différente d'ailleurs de la *patria potestas*. Voyons les différents effets par lesquels se manifestait cette puissance.

1° Si le consentement du mari n'était pas nécessaire pour la validité des obligations civiles et pécuniaires contractées par la femme, il l'était au contraire pour la validité des obligations religieuses, des vœux qu'elle contractait. Le mari pouvait faire tomber le vœu lorsque la femme s'était obligée sans son autorisation; bien plus, il pouvait le révoquer, *revocare*, après l'avoir d'abord autorisé ³. Cependant certains restreignaient cela aux vœux de la femme qui étaient de nature à scandaliser le mari ⁴. Le vœu de continence avait ses règles propres qui seront exposées plus loin.

2° Le mari pouvait poursuivre *criminaliter* l'adultère de la femme; celle-ci, au contraire, ne pouvait poursuivre l'adultère du mari que *civiliter*, afin d'obtenir le *divortium quoad*

1. *Ad Ephes.*, v, 22 et s., 33.

2. Panormit., sur c. xi, X, *De spons.*, IV, 1, n° 6 : « Jo(hannes) And(reæ) dicit quod... uxor de jure civili omnino non est in potestate mariti sed in officio tantum et pro hoc bonus textus in l. *Uxorem*, C. *De condit. insert.*, ubi dicitur quod uxor est in potestate sui patris et non mariti, nisi quoad debitum. Et quamvis multi sequantur hanc opinionem, ego tamen contrarium concludo in c. illud, *De præsc.*, quia, licet uxor non sit in potestate viri sicut filius est in potestate patris, tamen maritus habet multa jura in persona uxoris... et alibi dicit quod uxor est pene famula viri, ut in c. xiii, xvii, C. XXXIII, qu. 5 ».

3. C. xi, xvi, C. XXXIII, qu. 5.

4. Glose, sur c. xi, C. XXXIII, qu. 5 : v° *Vota* : « Quæ scandalizent virum, ut jacere in camisia vel jejunare cum ipse pranderet. » Vi° *Nisi auctor* : « Similiter et de muliere dici potest quod vovere possit, dummodo per illud votum mulieris non fiat viro præjudicium, vel si non oriatur scandalum viro ex illo, ut si vovet jacere in camisia cum illo, vel singulis noctibus ire ad matutinas. Unde de tali voto intelligo istud capitulum; alias tenetur mulier illud adimplere, etiam viro invito, ut si vovet quod daret denarium amore Dei vel aliquid tale. Hoc dicit H(ugutio). »

torum ¹. C'était là, d'ailleurs, un souvenir du droit romain, qui n'était point en harmonie avec l'esprit du droit canonique.

3° Le mari avait le droit de choisir et de changer le domicile conjugal, et la femme devait l'y suivre ². Cependant cette obligation n'était pas absolue; elle comportait certaines restrictions.

Elle disparaissait d'abord lorsque le mari était un pur vagabond; la femme n'était pas tenue de le suivre dans sa vie errante ³. Cependant, dans le cas où cet état de vagabondage était connu de la femme lors du mariage, beaucoup soutenaient qu'elle était alors obligée de suivre son mari ⁴.

Les docteurs admettaient aussi que, par un pacte adjoint au mariage, un lieu pouvait être fixé où la femme serait seulement tenue de cohabiter avec son mari. Pour justifier cela, ils invoquaient par analogie la liberté que proclamait le droit romain quant aux pactes adjoints à une tradition; mais ils étaient bien obligés d'admettre que cette convention perdait toute valeur lorsqu'une cause majeure forçait le mari à changer de domicile ⁵.

1. *Dictum* sur c. x, C. XXXII, qu. 1. — Cependant la glose accorde à la femme le droit d'accusation, mais non privilégiée. Cf. c. v, X, *De procur.*, I, 38. — Panormit., sur c. fin., X, *De don. inter. vir.*, n° 13 : « Maritus revocat votum uxoris et non e contra; item maritus accusat uxorem de ualderio criminaliter et non e contra. »

2. Panormit., sur c. vi, X, *De spons.*, IV, 1 : « Si tamen ex causa se transfert ad alia loca, vel etiam sine causa mutando domicilium, tenetur maritum sequi. »

3. C. 1, X, *Qui matr. acc.*, IV, 18; c. vi, X, *De spons.*, IV, 1.

4. Panormit., sur c. 1, X, IV, 18 : « In uxore distingue. Aut sciebat maritum vagabundum quando secum contraxit, puta quia erat juxta locum mariti, et tenetur eum sequi. Aut ignorabat vel ex postfacto est factus, et non tenetur maritum sequi. »

5. Panormit., sur c. 1, X, IV, 18 : « Sed quæro numquid in contractu matrimonii possit apponi pactum ut uxor non teneatur sequi maritum, sed ut maritus moretur cum uxore et in certo loco? P[etrus de Sampson?] et A[bas] et communiter doctores sequentes tenent quod sic. Nam sicut in traditione rei potest apponi pactum, ita in traditione mulieris; et hoc verum

Enfin, le mari faisant un long pèlerinage, spécialement une expédition en terre sainte, la femme n'était pas obligée de l'accompagner ¹.

Mais, en dehors de ces cas exceptionnels, le droit canonique maintenait fermement l'obligation de la femme. On disait qu'elle devait suivre son mari, même en prison ².

4° Le mari pouvait contraindre sa femme à prendre soin de sa personne et de son ménage, en tenant compte, bien entendu, de leur condition sociale ³.

Les docteurs se demandaient même si le mari ne pouvait pas exiger que la femme, selon sa condition, se livrât à un travail lucratif dont il aurait le profit. En principe ils l'admettaient, mais déclaraient que cette obligation manquait de toute sanction directe. Elle avait seulement une sanction indirecte, consistant en ce que le mari pouvait refuser des aliments à la femme qui ne travaillait pas, lorsque celle-ci n'avait pas de dot ou que sa dot était insuffisante à subvenir aux besoins du ménage ⁴.

nisi oriatur nova causa propter quam oporteat maritum se absentare. » — Covarruvias, *Opera*, I, p. 182.

1. C. VIII, IX, X, *De voto*, III, 33. Mais l'obligation au devoir conjugal, la crainte que la femme restée seule ne tombât dans l'incontinence, paraissent avoir été prises en considération par l'Église; Yves de Chartes, *Ep. CCXLV*, col. 252.

2. Glose sur c. III, C. XIII, qu. 2, v° *Sequatur* : « H(ugutio) similiter dicit quod debet ipsum sequi, etiam si mittatur in carcerem, vel si cogatur ire in exercitum. Sed eadem ratione debet ipsum sequi quoties dominus petit a viro, qui est servus, ut serviat. »

3. Panormit., sur c. XIII, X, *De rest. spol.*, II, 13, n° 27 : « Dicit Jo(hannes) An(dreæ) quod præter copulam uxor ad omnia obsequia, puta custodiendo res mariti, lavare pedes et caput, comestionem præparare et his similia; nihil tamen allegat. Sed tu vide textum in c. XIII et c. XII, C. XXXII qu. 5, ubi dicitur quod uxor est pene famula viri et tenetur ordine naturali sibi servire et quod est subjecta viro... In quantum dicit Jo(hannes) An(dreæ) quod tenetur lavare caput et pedes mariti et similia facere, dico hoc procedere inspecta conditione mulieris; quid enim si est ita nobilis ut non deceat eam hæc servilia facere? Certe non erit ad hoc adstricta. »

4. Panormit., sur c. XIII, X, II, 13, n° 27 : « Item quoad operandum dicitur subdita marito, quia cedit lucro mariti... tenetur enim ad operandum

5° Le mari avait-il le droit de correction sur la femme? Pouvait-il lui infliger des châtimens corporels, la tenir emprisonnée? Les canonistes l'admettaient en principe, et cela était conforme aux mœurs des temps anciens. Ils déclaraient cependant que le mari ne pouvait la frapper que pour un juste motif et légèrement; sinon, il devenait punissable¹. Le *Registre de Cerisy* rapporte un cas où un voisin entre chez un mari qui bat sa femme, pour porter secours à celle-ci : le voisin est condamné et aucune peine n'est prononcée contre le mari².

secundum conditionem personæ. Et ad hoc adduco questionem an teneatur operari et lucrari uxor marito, et videtur quod sic per textum l. *Sicut patronus*. Sed distinguo juxta ibi notata, quod aut quæritur numquid possit uxor precise compelli ad operandum et dicendum quod non, quia non posset ad hoc precise compelli, præsertim cum consistat in facto, aut quæritur numquid potest compelli causative puta subtrahendo sibi alimenta si non vult operari. Et tunc aut portavit dotem aut non. Hoc ultimo casu potest, nam hoc procedit in filio, cui magis pater est adstrictus quam uxori (ut probatur in l. *Si quis a liberis ff. de lib. agnosc.*). Si vero portavit dotem et est sufficiens ad alimentandum eam, maritum et communes liberos, saltem ubi maritus non habet alia bona, non potest compelli, quia debet ali ex dote; si vero non sufficit, tunc potest compelli modo prædicto ».

1. Panormit., sur c. xxv, X, *De jurej.*, II, 24 : « Debet eam corrigere et in vinculis tenere et castigare. Nota ex glossa quod maritus potest licite ex causa mulierem castigare et invinculare, et tene menti hoc ultimum, quia, c. x, C. XXXIII, qu. 2, per quem se fundat hic glossa, loquitur de uxoribus clericorum, adeo quod glossa ibi dixit illud non extendendum ad uxores laicorum. Sed glossa in c. xxxix, C. XII, qu. 1, dixit virum posse castigare uxorem suam, sed non debet verberibus afficere, quia aliena esse debent illa ab ingenuis. Gol(redus) et Hos(tiensis) hic dicunt quod illa lex (l. *Consensu*, C. *De rep.*) procedit nisi ex magna causa fiat, ut in exemplo glossæ et nisi verbera sint levia. Illa enim videntur marito ex causa permissa (arg. X, *De homic.*, c. *Ad audientiam*); alias maritus puniretur si sine causa vel enormiter hoc faciat. Concludo ergo quod secundum quantitatem culpæ potest maritus corrigere uxorem ita quod non procedat ad sæva. Illa enim sunt judici relinquenda etiam in servis propriis ».

[Dans les procédures de séparation on voit très souvent le juge défendre au mari « ne dictam uxorem suam maletractet aut verberet ultra modum conjugalem ». Reg. de l'officialité de Paris, col. 117, al. 2].

2. N° 393 s, p. 318 : « Item dictus Thomas de Cantilly gagiavit emendam

6° C'était une question que de savoir si la femme pouvait témoigner pour ou contre son mari. L'influence de ce dernier était à craindre sur elle. Il est vrai que l'on se posait la même difficulté quant au mari témoignant dans le procès de sa femme¹.

II

Le mariage étant conçu comme principalement destiné à empêcher la fornication et l'incontinence, l'obligation réciproque des époux au devoir conjugal prit, en droit canonique, une grande importance et une valeur juridique proprement dite : c'était à elle qu'avait tout d'abord songé l'apôtre en exposant les devoirs des époux². Ce ne fut pas seulement, pour les *libri pœnitentiales* et, plus tard, pour les casuistes écrivant au point de vue du *forum internum*, une matière à

eo quod in domo Symonis Viel, clerici, verberantis suam uxorem, intravit ad deffendendum ipsam uxorem, et ipsum Viel traxit ad terram et percussit eum de pugno supra caput; quam emendam taxavimus ad II solidos. Solvit ».

1. Panormit., sur c. xxiv, X, *De test.*, n° 7 : « Querit quid de uxore an admittatur in testem in causa mariti et quid e contra. Vide per Cy(num) in d. l. 2 (C. *De testibus*) per Spe(culatorem) in. d. § 1, ubi prosequitur multas similes questiones; gl. 4, qu. 3, d. § *Idonei*, dixit uxorem non admitti quia sibi imperare potest, cum sit sibi subjecta; arg. C. XXXIII, qu. ult. c. *Mulierem*. Sed Spec. et clarius etiam Cyn., ubi supra, videntur concludere, quod inspiciamus qualitates viri vel uxoris; si autem talis est uxor ut verisimiliter timeat maritum, non debet admitti. Et idem dicendum in marito respectu uxoris, alias secus cum nullibi hoc prohibeatur, nec est simpliciter verum quod uxor sit sub potestate mariti, ut patet l. *Si uxor.*, C. *De condit. insert.*, nisi ordine naturæ et quo ad quædam servitia. Sed crederetur plus vel minus secundum circumstantias. An autem compellatur uxor testificari contra maritum vel maritus contra uxorem? Cynus, in dict. leg. 2, videtur velle quod non, quia non debet compelli ad testificandum contra domesticum et eum cum quo est una caro : quod placet, arg. C. IV, qu. 3, c. *Si testes*, § *Lege Julia*, ubi patet, quod etiam contra socerum non compellitur quis testificari : hoc fateor nisi in defectum testium, quia tunc cessat privilegium.

2. *I. Corinth.*, vii, 2 et suiv.

réglementations minutieuses et à prescriptions rigoureuses; cette question donna lieu à de véritables règles de droit, et fut portée devant le *forum externum*, dans la pratique judiciaire.

De cette conception, il résulta d'abord que le droit canonique donna à chacun des époux une action pour faire condamner l'autre conjoint à la prestation du devoir conjugal. Le juge ecclésiastique ordonnait cette prestation à l'époux récalcitrant et employait, pour l'y contraindre, les peines dont il disposait, et spécialement l'excommunication. Même on tenait qu'une semblable action pouvait être portée devant le juge séculier, lorsque l'existence et la validité du mariage n'étaient pas contestées¹. Quelques-uns seulement doutaient qu'il y eût là une action proprement dite, et pensaient qu'il y avait plutôt une application de l'*officium judicis*, dont l'époux implorait l'intervention²; mais l'*officium judicis* répondait alors simplement à un pouvoir large du juge qui lui permettait d'accueillir les

1. Panormit., sur c. vi, X, *De consang.*, n° 4 : « Nota quod Ecclesia possit compellere conjugem ad reddendum debitum conjugale. » — Le même, sur c. vii, X, *De conv. conj.*, n° 3 : « Nota ex hoc et ex textu judicem ecclesiasticum posse compellere conjugem ad exhibendum alteri conjugalem affectum. Numquid etiam judex sæcularis potest hoc facere? Dic quod sic, ex quo constat de matrimonio. » Le même sur c. xi, X, *De præsc.*, n° 5 : « Ex quo infert dominus Antonius quod si maritus tenet uxorem extra lectum suum et mensam, non tractat eam ut uxorem, ut posset uxor virum constringere ut eam in prædictis et aliis tractet ut uxorem. »

2. *Liber practicus de consuetudine Remensi*, n° 388, p. 304 : « Uxor agebat coram officialibus Remensibus contra maritum super eo quod recusabat injuste cohabitare cum ea et ipsam affectione maritali tractare; unde petebat eum condemnari ad hoc quod ei cohabitaret tanquam uxori et eam affectione maritali tractaret, *officium judicis implorando*. Opponebatur quod ista petitio nullo jure fulcitur, item quod erat obscura cum non declararetur in quo seu qualiter recusat cohabitare seu maritali affectione tractare. Respondeo quod imo fulcitur (c. x, X, IV, 1; c. xiii, X, II, 13; c. xiv, X, IV, 1; c. x, X, II, 28; c. iii, X, IV, 19; c. v, X, IV, 13). Item potest induci l. 1, D. II, 10, que dicit quod ad officium judicis pertinet quod non permittat partes ad rixas seu arma venire. »

demandes des parties, en dehors des cas où il existait une action ayant une dénomination propre.

D'ailleurs, la juridiction ecclésiastique intervenait aussi d'office pour imposer la prestation du devoir conjugal aux époux qui vivaient en mauvaise intelligence. Le *Registre de Cerisy* nous en fournit de nombreux exemples; les époux sont alors dénoncés par les *testes synodales*, lors des *visitationes* auxquelles procède l'official¹. Les peines employées pour contraindre les récalcitrants sont l'amende et le pilori.

Par ces voies de droit, la juridiction ecclésiastique ne cherchait pas seulement, soit sur la plainte des époux, soit d'office, à assurer l'accomplissement du devoir conjugal; elle intervenait de la même manière pour faire cesser les mauvais traitements, les dissensions entre époux, et rétablir pleinement le *maritalis affectus*².

1. N° 9 a, p. 23 : « Johannes la Pie et Johanna ejus uxor male se tractant nec jacuerunt simul a decem et septem annis. » — N° 95 c, p. 80 : « Johannes le Scelle diffamatur de eo quod non reddit debitum uxori suæ... Injunximus dicto Johanni sub pœna X librarum Turonensium ut de nocte ad noctem jaceat cum uxore sua semper de cætero et ut tractet eam de legali matrimonio. » — N° 124 b, p. 101 : « Thomas la Pie junior et Dyonisia ejus uxor diffamantur pro eo quod non simul morantur quinque annis elapsis... Nos injunximus Johanni le Seeley ut de nocte ad noctem jaceat cum uxore sua usque ad Ascensionem et quod secundum posse suum faciat dicte uxori quod debet facere. » — N° 127 b, p. 103 : « Coqueta et Touroudus Rigal ejusdem maritus male se habent invicem et sunt infideles in suo matrimonio. Johannes le Seeley et ejus uxor non se gerunt tanquam vir et uxor. Th. la Pie juravit per ejus juramentum quod bene tractabit suam uxorem, et eisdem injunximus ad pœnam scale quod unus faciat alteri quod debet facere. » — N° 261 b, p. 186 : « Johannes Pomier et uxor ejus non bene se habent ad letum (lectum) Citati coram nobis, juraverunt quod bene se haberent de cætero; quod eis injunximus ad pœnam scale. » — Cf. nos 136 c, 137 b [Voir Le Picard, *Les injonctions de l'official de Cerisy aux époux séparés. Semaine de droit normand, Rev. hist. de droit*, 1928, p. 676-8, et *La communauté de la vie conjugale, obligation des époux*, thèse Paris, 1929].

2. Voyez le passage du *Liber practicus* cité plus haut, t. II, p. 9, note 3. — *Registre de Cerisy*, n° 71, p. 58 : « Injunximus Henrico le Portier clerico quod ad penam L librarum ipse cum Thomassia filia Johannis le Guileour, uxore sua, bene et legitime staret et de bonis suis ministraret sicuti ipsimet

A côté de ces décisions pratiques il est intéressant de signaler, quant à l'obligation au devoir conjugal, une discussion théorique qu'avaient soulevée les docteurs. Ils s'étaient demandé à partir de quel moment cette obligation existait et était exigible. Les uns soutenaient qu'elle n'existait qu'à partir du moment où la *copula* était intervenue entre les époux, le *primus coitus* était purement volontaire et gratuit, comme ils disaient dans leur terminologie singulière. Les autres, et c'était l'opinion commune, pensaient que l'obligation existait dès que le mariage était contracté, sauf qu'ils accordaient, en invoquant certains textes, un court terme à l'époux, requis par son conjoint d'exécuter son obligation ¹. La première opi-

et quod eam legitime tractaret sicut eidem promiserat in facie Ecclesiæ, cui injunctioni idem Henricus acquievit. » — N° 182, p. 130 : « Injuniximus Colino le Coq, ad penam XL librarum et scale, quod de cetero tractet fideliter uxorem suam sicut bonus et probus homo, et eidem uxori similiter ad dictam penam quod eat cum dicto Colmo et quod ei faciat sicut bona uxor debet facere marito suo, cui injunctioni ipsi sponte acquieverunt. » — N° 217, p. 165 : « Injuniximus Ingerrano Douin ad penam XL librarum et scale quod de cetero tractet uxorem suam bene et pacifice sicut probus homo *nec eam verberet indebite*, et dicte uxori quod eadem faciat fidelitatem bonorum suorum mobilium, cui injunctioni sponte acquieverunt. »

1. Bern. Pap., *Summa de matr.*, p. 299 : « Si quæras quando competit jus exigendi debitum et unde oriatur, memini a magistro Jo(anne) audisse, ipsum ex primo coitu conjugali oriri et ex tunc competere. Sed secundum hoc videtur quod si uxor virum, vel e converso, semper a primo coitu prohibet, nunquam ei debitum reddere teneretur. Alii vero dicunt hoc jus oriri statim ex desponsatione sed non statim competere, sed a tempore traductionis, sicut si stipulatus es a me X usque ad mensem statim oritur certi conductio, sed non statim competit cum effectu. Rationabiliter tamen dici posset hoc oriri ex desponsatione, sed non statim sed tempore sacerdotalis benedictionis in virginibus, in viduis tempore traductionis, ubi autem solennitates desunt post primum coitum conjugalem. Oportebit ergo secundum hoc dicere, post benedictionem sacerdotalem sponsam virginem sine licentia sponsi converti non posse, ante vero posse... Magistri tamen Jo(annis) sententiam mihi magis placere fateor. » — Glose sur c. vi, C. XXVII, qu. 2, v° *Prima* : « Dicit H(ugutio) quod una fides, qua vir uxori et e converso debet mutuam servitutem et etiam castitatem. Secundum hoc expone : prima fide, id est primo a fide desponsationis. Alii dicunt quod sunt duæ fides.

nion était un souvenir de la doctrine ancienne d'après laquelle le mariage n'était vraiment obligatoire que quand il avait été consommé¹; elle était commode en même temps pour expliquer comment, tant que la *copula carnalis* n'était pas intervenue, l'un des conjoints pouvait librement entrer en religion. Cependant, on déclarait d'autre part que l'époux pouvait licitement employer la violence pour posséder son conjoint².

Dès qu'elle pouvait être exigée, la prestation du devoir conjugal devenait une obligation stricte entre les époux, dont rien ne pouvait les libérer, si ce n'est l'impuissance, l'impossibilité absolue. Aucune maladie chronique, aucune incommodité chez un époux n'exemptait l'autre de son devoir, pas même la lèpre, cette terrible maladie du moyen âge. L'époux resté sain était obligé non seulement de cohabiter avec l'époux lépreux, mais encore de lui rendre le devoir conjugal³. Les docteurs déclaraient seulement que le juge ne

Prima est qua ei debet castitatem, secunda qua mutuam servitutem ei debet, sed hoc non nisi post duos menses (c. vii, X, III, 32). Et secundum primam expositionem ex prima utrumque debet, ut prædixi, unde secundum eos primus coitus neque est gratuitus, nam statim post consensum mutuam de præsententi tenetur reddere debitum petenti. Habet tamen alter exceptionem usque ad duos menses per prædictam decretalem, nisi dicatur aliud speciale de duobus diebus vel uno (c. v, C. XXX, qu. 5). Hoc tamen est certum quod post primum coitum statim petitur coitus jure servitutis quandoque placuerit. Joan(nes). »

1. Voyez ci-dessus, t. I, p. 123 et s.

2. Panormit., sur c. vi, X, *De eo qui cognovit*, n° 3 : « Secundo nota ibi quod mulier potest invita cognosci. » Cependant le même, sur c. ii, X, *De conv. conj.*, III, 32, n° 9 : « Quod si sponsus cognovit sponsam violenter numquid possit sponsa intrare religionem invito sponso. Dubium facit quod effecti sunt una caro, licet violenter. . In hoc sunt variæ opiniones quas vide plene per Joannem Andreæ Mercur., lib. VI, in regula illa, Quæ contra, *De reg. juris*, ubi videtur sequi opinionem Bart(holomæi) Brix(iensis), qui tenuit talem sponsam vi cognitam ingredi posse religionem invito sponso, ne delinquens sit melioris conditionis quam sapiens. Item quia non videtur communicasse corpus suum, ex quo invita fuit cognita. »

3. C. ii, X, *De conj. lepr.*, IV, 8, et Panormitanus sur ce chapitre, n° 3 : « Nota regulam quod nulla infirmitas, quantumcunque gravis, præstat facul-

devait ici intervenir qu'à la dernière extrémité¹, et que, si l'horreur éprouvée par le conjoint resté sain était invincible, on devait le considérer comme libéré de son obligation par une force majeure². Cette rigueur impitoyable fut tempérée, il est vrai, par deux règles. D'un côté, tant que l'indissolubilité absolue du lien conjugal n'eût pas triomphé, la lèpre, de l'un des conjoints fut pour l'autre une cause de divorce³. D'autre part, quand ce principe l'emporta, on avait établi des léproseries où les époux étaient rigoureusement isolés, et où le mari ne suivait point sa femme, ni la femme son mari. Le pape Alexandre III constate cette coutume, tout en la blâmant en ce qui concerne la séparation des époux⁴.

tatem dissolvendi, etiam quoad torum seu ad mutuam servitatem ; sive ergo superveniat furor, dementia, sive efficiatur clauda, non debet matrimonium separari, vide bonum textum c. xxii et xxv, C. XXXII, qu. 7 et c. xviii, C. XXXII, qu. 5... Ex præcepto Ecclesiæ tenetur sanus conjugi quantumcunque leprosæ reddere debitum carnale. »

1. Panormit., sur c. 1, X, *De conj. lepr.*, IV, 8 : « Ideo dic quod, leproso non petente, judex est contentus sola exhortatione, et ita loquitur iste textus ; sed si instaret petendo ut conjux teneatur sequi et reddere debitum, tunc fiet compulsio. »

2. Panormit., sur c. 11, X, IV, 8, n° 2 : « Sed circa hoc quæro : quod si sanus propter horrorem non potest reddere debitum ? Dic quod si Ecclesiæ constaret, non compelleret eum, quia non debet compelli ad impossibile, quia impossibile nulla est obligatio. Sed ex quo Ecclesiæ non constat de impossibilitate, excommunicabit sanum ad reddendum debitum, et quoad Ecclesiam militantem habebitur pro excommunicato, non autem quoad Deum. »

3. Voyez ci-après, deuxième partie, titre III, ch. II.

4. C. 1, X, IV, 8 : « Pervenit ad nos quod, cum hi qui lepræ morbum incurrunt de consuetudine generali a communione hominum separentur, nec uxores viros nec viri uxores taliter ægotantes sequantur : Quoniam igitur, cum vir et uxor una caro sint, non debet alter sine altero esse diutius, mandamus quatenus ut uxores viros et viri uxores qui lepræ morbum incurrunt sequantur. » D'après la jurisprudence parisienne, les lépreux, même enfermés, gardaient le droit d'exiger le *debitum conjugale* en un lieu désigné par le juge. *Reg. de l'officialité de Paris*, éd. 302, alin. fin. : « Injunctum est Johannete, uxori Symonis Chevrier, morbo lepre infecti, ut obediat marito suo et sibi reddat debitum conjugale loco tuto sub pena excommunicationis. »

Dans un seul cas, les canonistes admettaient la dispense du devoir conjugal : c'est lorsque la prestation mettait en danger la vie même de celui qui le rendait. On faisait alors application de la maxime : « Charité bien ordonnée commence par soi-même ¹ ».

III

Les termes dont s'était servi saint Paul pour qualifier l'obligation des époux quant au devoir conjugal eurent une grande influence en cette matière. Il avait déclaré que chacun des époux avait un droit de puissance sur le corps de l'autre; il avait parlé de servitude ². Les canonistes, avec leur esprit subtil et leur tendance à donner à tous les termes de l'Écriture une valeur juridique, en tirèrent cette conclusion que chacun des époux avait vraiment un droit réel, un droit de servitude sur la personne de l'autre époux. De là des conséquences importantes.

Il en résulta d'abord, et très logiquement, qu'ils donnèrent à chaque époux, pour réclamer la personne de son conjoint et se la faire restituer, des actions semblables à celles par lesquelles on fait valoir un droit réel. Nous trouvons à cet égard une action pétitoire et une action possessoire.

L'action pétitoire était une revendication. Le mari qu'abandonnait sa femme pouvait revendiquer celle-ci. Sans doute, cela paraissait bien quelque peu singulier; mais on invoquait le texte célèbre du droit romain, dans lequel il était dit qu'un père pouvait revendiquer son fils *in potestate*, en

1. Panormit., sur c. II, X, IV, 8, n° 3 : « Secundo ad idem quæritur quid si maritus est ethicus vel alia ægritudine detentus, ita ut sine personæ periculo non possit reddere debitum, numquid mulieri petenti sit obligatus ad reddendum debitum? Doctores communiter quod non, quia ordinata charitas incipit a se ipso. »

2. 1 Corinth., VII, 4 : « Mulier sui corporis potestatem non habet sed vir. Similiter autem et vir sui corporis potestatem non habet sed mulier .. 15. Quod si infidelis discedit discedat; non enim *servituti* subjectus est frater aut soror in hujusmodi. »

ajoutant la cause *ex jure Quiritium* ¹ : ici l'on ajoutait *ex jure canonico* ². De même la femme délaissée par son mari pouvait revendiquer celui-ci en vertu des paroles de l'apôtre, et, quant au *debitum conjugale*, elle l'avait *in sua potestate* ³.

L'action possessoire était plus énergique encore. C'était l'*actio spoliationis*, le moyen possessoire propre au droit canonique. On lui donnait pour premier fondement un passage de l'*Historia tripartita* de Cassiodore, que le pseudo-Isidore avait fait servir à la justification de l'*exceptio spoli*. Dans ce texte, en effet, il était question d'une femme mariée; mais le mari n'en revendiquait point la possession; il l'accusait, au contraire, devant l'empereur, qui accorda à la femme la permission de mettre ordre à ses affaires avant de répondre à l'accusation ⁴. Cependant, par un effort de subtilité, les commentateurs en tiraient la preuve que le droit canonique assurait à l'époux la restitution de son conjoint ⁵ par un moyen possessoire. Mais cette application spéciale de l'action possessoire résultait en réalité non d'un texte précis, mais de la conception plus haut indiquée sur la *mutua servitus* des époux. Elle comportait cependant des règles particulières.

1. L. 1, § 2, D. *De rei vind.*, VI, 1.

2. Panormit., sur c. XI, X, II, 13 : « Maritus vindicat uxorem non proprie simpliciter sed adjecta causa de jure canonico, sicut filius petitur adjecta causa de jure Quiritium Romanorum. »

3. Johannes Andræ, sur c. x, X, *De desp. impub.*, n° 4 : « Ex quo enim maritus est, jam sui corporis non habet potestatem et sic eum uxor vindicare potest, adjecta causa de jure divino, sicut de jure Quiritium vindicatur filius ». Panormit., sur c. III, X, *De conv. conj.*, III, 32, n° 3 : « Ex hoc infero quod uxor potestate quoad debitum, sicut dicimus in patre qui potest vindicare filium. »

4. C. III, C. XXXIII, qu. 2 : « Historia ecclesiastica, ab Eusebio Cæsariensi episcopo confecta, de muliere quadam quæ pro castitate a marito accusabatur, ait : Præceptum est ab imperatore, lege lata, ut primo permitteretur ei rem familiarem diutius ordinare, tunc demum responderet objectis. »

5. Glose sur ce texte, v° *Ut primo* : « Ex quo mulieri primo restituuntur res suæ multo potius vir est restituendus, et sic facit ad propositum. G(andulfus). »

Ce n'était pas un simple moyen possessoire, car il fallait joindre à la possession certaines preuves tirées du fonds. En effet, pour que le demandeur triomphât et obtînt la restitution de celui qu'il prétendait être son conjoint, il ne suffisait pas de montrer qu'il était, par rapport à lui, en possession de l'état d'époux. Cette opinion avait été soutenue par quelques-uns, mais elle ne s'était pas fait accepter ¹. On s'était ici écarté de la théorie générale des actions possessoires pour deux raisons principales.

En premier lieu, la possession d'état d'épouse était acquise assez facilement par une simple concubine, et l'Église n'avait point l'intention de favoriser le concubinage et de lui donner une sanction ². Secondement, on présentait un raisonnement juridique des plus précis et des plus curieux. C'était, je l'ai dit, la personne même de l'époux qui était ici comme frappée d'une sorte de servitude, considérée comme susceptible de possession. Or, disaient les canonistes, une personne libre ne peut pas en principe être possédée juridiquement; elle ne peut l'être qu'exceptionnellement et en qualité d'époux; il faut donc faire apparaître cette qualité, la démontrer; car, sans cela, il n'y a pas de possession juridique et, par suite, pas d'action possessoire ³.

1. Panormit., sur c. xiv, X, *De rest. spol.*, II, 13 : « Dic aliquos fuisse in opinione ut sola facti possessio sufficiat ad restitutionem consequendam... Sed hæc opinio non placet Innocentio et aliis doctoribus. »

2. Panormit., sur c. xiv, X, *De rest. spol.*, II, 13 : « Ex quo enim non possideat eam ut uxorem non potest dici destitutus de possessione conjugali. Imo plus dicit Innocentius non sufficere ad hanc possessionem conjugalem probandam quod illam vocabat uxorem vel similes tractatus, quia sæpe adulteri ad palliandum adulterium vel fornicationem se taliter nominant et tractant; verum in matrimonio non sunt aliquatenus proportionabiles tantum conjugibus quin possint etiam adaptari adulteris et fornicatoribus. »

3. Glose sur c. xiv, X, *De rest. spol.*, II, 13, v° *Commodo* : « Ubi enim nulla præcedunt sponsalia vel matrimonium, nulla habetur possessio, quia liber homo possideri non potest, et possessio illa talis est quod qui possidet possidetur : unde ex sola possessione facti nulla servitus vel obligatio hinc

Mais ce qui devait être prouvé, ce n'était point un mariage valable à tous égards, — c'eût été confondre le possessoire avec le pétitoire, — c'était simplement un mariage contracté, existant au moins dans la forme. Seulement, la détermination de ce point ne laissait pas que de faire difficulté, car, dans le droit que nous étudions, la validité du contrat de mariage n'était soumise à aucune forme déterminée. Mais si l'Église considérait le mariage comme conclu dès que le consentement actuel avait été échangé, elle n'en prescrivait pas moins la célébration publique, *in facie Ecclesiæ*, et considérait comme clandestins tous les mariages qui n'avaient pas été ainsi contractés ¹. C'était la preuve de cette *legitima desponsatio* qu'elle exigeait pour accorder la protection possessoire aux époux ². Et les *sponsalia* dont il est ici question étaient les *sponsalia de præsentī*, bien que certains aient soutenu le contraire; les *sponsalia per verba de futuro* ³, même

inde contrahitur, nec restitutio peti potest, cum nulla possessio juris hæc fuerit. » — Glose sur c. viii, *ibid.*, v^{is} *Et ab eo cognita* : « Hic non sufficit sola possessio quia possessio hic haberi non potest sine jure... quia liber homo possideri non potest. » — Panormit., sur c. xvi, *ibid.* : « Distingue sic post dominum Antonium : quædam sunt quæ communiter possideri non possunt nisi certa specifica causa præcedente, et tunc oportet quod probetur illius causæ existentia saltem apparenter; nam liber homo possideri non potest: ideo si petitur illius restitutio, oportet quod probetur titulus, cujus vigore possideri potest, saltem apparenter; alias autem cum talis possessio, cessante titulo, sit contra jus et sic evidenter injusta, non causat possessorium. »

1. Voyez ci-dessus, t. I, p. 199 et s.

2. Panormit., sur le c. xiv, X, *De rest. spoliat.*, II, 13 : « Secundum veram opinionem ad contractum matrimonii non requiruntur verba sed satis est constare de mente de qua satis constat per predicta; sed quoad restitutionem obtinendam, necesse habet probare quod sponsalia intervenerunt in facie Ecclesiæ. Ratio quia alias matrimonium est clandestinum, ut in c. fin. *De cland. spons.*, quo casu Ecclesia non solum debet denegare restitutionem imo ex officio suo in pena sic contrahentium debet eos ad tempus separare quia contraxerunt contra interdictum Ecclesiæ. »

3. Panormit., sur c. xxv, *De spons.*, IV, 1 : « Alii vero, et sic secunda opinio, dicunt sufficere probare sponsalia de futuro vel de præsentī, ex his

contractées *in facie Ecclesiæ*, n'auraient pas suffi pour justifier l'*actio spoliationis*.

La preuve de la *legitima desponsatio* suffisait-elle, et ne fallait-il pas en outre démontrer que le mariage avait été consommé? Une opinion exigeait la preuve de la *copula carnalis*, et il y avait d'assez fortes raisons dans ce sens. D'un côté, le mariage n'était vraiment parfait que lorsqu'il avait été consommé; et nous savons que, selon certains docteurs, jusqu'à ce moment l'obligation au devoir conjugal, fondement premier de l'action possessoire, n'existait pas encore ¹. De plus, si le mariage n'avait pas été consommé, en restituant la femme au mari, il y avait à craindre qu'elle ne fût déflorée contre sa volonté, alors qu'il n'y avait peut-être pas entre eux un mariage valable. Innocent IV était de cet avis, lorsque le mari demandait par l'action possessoire que la femme lui fût restituée en qualité d'épouse ². Mais il faisait remarquer qu'en prouvant un mariage valable, l'homme pouvait revendiquer sa femme par l'action pétitoire et implorer l'*officium judicis* pour que le juge donnât l'ordre à la femme de faire

datur juris possessio. » — Cependant, si à des *sponsalia de futuro* s'était jointe la *copula carnalis*, il y avait un mariage parfait; seulement il était clandestin. Il semble que cela devait suffire pour l'action possessoire.

1. La glose sur le c. viii, X, 13, v^o *Et ab eo cognita*, présente, dans ce sens, un raisonnement curieux. Prenant pour point de départ l'expression *servitus* qui servait à désigner l'obligation des époux, et appliquant à la matière les principes des servitudes du droit romain, elle disait que, pour que le droit existât, il fallait que l'usage, l'exercice eût suivi la convention : « Et sic patet quod duo debet probare qui petit restitutionem, videlicet legitimam desponsationem, vere vel præsumptive, et carnalem copulam. Et est simile in servitutibus, ubi quis debet probare dubas res, servitutem constitutam fuisse et se usum fuisse. »

2. Sur c. xiv, X, *De rest. spol.*, n^o 14 : « Et distingue melius, quod si vir petebat restitutionem mulieris tanquam uxoris, non dabitur ei aliter nisi probet aliquod genus sponsalium intervenisse et se cognovisse eam, et est hoc quod dicit littera ista, quod hic non potuit petere restitutionem, quia non erat destitutus commodo juris aut possessionis. Et hanc nostram opinionem sic probamus; quia etsi sponsalia contracta sint, imo quod plus est matrimonium, non restituitur nisi copula carnalis intervenierit. »

son devoir envers lui ¹. Il restreignait d'ailleurs singulièrement la portée de son opinion quant à l'action possessoire, en disant qu'il suffisait, pour qu'elle fût ouverte, que les époux eussent été antérieurement réunis et que l'un d'entre eux affirmât la consommation du mariage ².

L'opinion contraire était plus soutenue. Le mariage, pour les décrétalistes, était parfait dès que le consentement avait été donné; il devait donc produire dès lors tous ses effets, et, si la vie commune avait commencé, la femme, bien que *non-dum cognita*, était juridiquement en la possession du mari. Sans doute, tant que la *copula* n'était pas intervenue, la femme pouvait librement embrasser la vie religieuse; mais, jusqu'à ce qu'elle fût entrée au couvent, le mariage produisait envers elle ses effets ³. Les docteurs qui pensaient ainsi limitaient leur doctrine, en disant qu'alors la restitution devait être accordée sur l'action possessoire à tous autres égards, mais non *quod copulam*. Ils admettaient même que la restitution pouvait être refusée si l'on craignait que le mari, violent de caractère, n'exigeât de force la *copula* lorsqu'il aurait été remis en possession de sa femme ⁴. C'est pour la même raison qu'ils décidaient que la restitution de la *sponsa*

1. *Ibidem*: « Si non habuit possessionem sed jus tantum... dic eum non posse petere restitutionem sed posse eam vindicare adjecta causa de jure canonico, *etiam si sit sponsa de futuro*, arg. ff. *De rei vindicatione*. Vel posset, agendo ad hoc ut sibi adjudicaretur, officium judicis implorare... Agitur officio judicis ut eam faciat exhibere ea quæ sponsa debet exhiberet viro suo. »

2. « Tamen hæc quæ diximus, quod non debet restitui nisi intervenerit carnalis copula, intelligendum est quando uterque confitetur non intervenisse carnalem copulam; sed si fuerunt simul et alter tantum dicat, præsumptio est pro eo et standum est verba ejus. »

3. Panormit., sur c. xiv, X, *De rest. spol.*, II, 13.

4. Panormit., sur c. xiv, X, II, 3 : « Item jure non probatur copulam exigi in actu restitutionis, nisi quum petitur restitutio quoad copulam... Si petit restitutionem altero respectu quam copulæ, tunc per solam traductionem est in possessione aliorum servitiorum in quibus habet locum restitutio... nisi vir sit adeo severus ut timeatur de extorsione copulæ. »

de futuro ne devait pas être accordée, car la fiancée ne devait encore aucun service au fiancé ¹.

L'action possessoire des époux se comportait encore d'une façon particulière à un autre point de vue. L'époux qui avait abandonné ou expulsé son conjoint pouvait en demander lui-même la restitution. Il semblerait pourtant qu'il eût perdu la possession par un acte volontaire de sa part : mais non. La possession ici était l'effet et la sanction d'une sorte de servitude légale attachée au titre même d'époux ; une fois commencée, elle renaissait à chaque instant, ou plutôt durait autant que ce titre lui-même ². De même, une convention de séparation intervenue entre les époux ne faisait pas obstacle à l'action ³.

Cependant la restitution ne pouvait-elle jamais être refusée ? Elle pouvait l'être certainement dans deux cas prévus par les textes. Le premier, c'est quand la femme avait été chassée par son mari pour adultère notoire ⁴ : vainement eût-elle agi par l'action possessoire, à moins que le mari ne fût lui-même coupable d'adultère ; car, alors, le droit canonique admettait la compensation des fautes ⁵. Le second cas est celui où l'époux avait à craindre les sévices du conjoint qui le réclamait. Cependant on préférerait exiger de ce dernier une caution garantissant sa modération et sa bonne conduite, et c'était seulement à défaut de caution que la restitution était refusée ⁶.

1. Panormit., sur c. xiv, X, II, 13 : « Tunc enim non puto possessionem in aliquo quæsitam, quia licet uxorteneatur marito ad multa servitia præter copulam, non tamen sponsa; sed tamen tenetur ad perficiendum quod promisit et sic ad contrahendum; non potest ergo possideri antequam sit uxor. »

2. Panormit., sur c. xiii, *De rest. spol.*, II, 13 : « Possessio ista in hoc est privilegiata quod non perditur solo animo, vel si perdatur solo animo eo ipso recuperatur quod perditur, vel secundum dominum Antonium possessio in causa matrimoniali est conjuncta proprietati non abdicabili nuda voluntate. Sapiet ergo hæc possessio naturam proprietatis ut non perdatur saltem irrevocabiliter. »

3. *Ibidem* : « Quia si non obstat repulsio, conclusum est fortius et pactum. »

4. C. iv, X, *De divort.*, IV, 19.

5. C. vii, X, *De adult.*, V, 16.

6. C. viii, X, II, 13; cf. c. xiii, *in fine, ibid.*

Mais, dans une troisième hypothèse, les doutes étaient sérieux.

On se demandait s'il fallait encore accorder la restitution, d'ailleurs fondée à tous autres égards, lorsque l'époux réclamé prétendait qu'il existait entre lui et son conjoint un lien de parenté qui rendait le mariage impossible entre eux. L'ordonner, en effet, c'était condamner l'époux, malgré sa résistance, à des rapports illicites et incestueux. On invoquait, pour la refuser, une décrétale de Clément III (1189-1191); mais, en réalité, ce texte ne visait pas la question; il supposait intentée, non l'action possessoire, mais l'action pétitoire par laquelle un époux demandait que telle personne fût reconnue judiciairement comme son conjoint et lui fût adjugée comme telle ¹. En sens inverse, il semblait impossible de tenir compte ici de la consanguinité prétendue; car cela eût été introduire la question de fond dans l'action possessoire, confondre le possessoire et le pétitoire. C'est ce qu'avait décidé une décrétale de Lucius III (1181-1185) ². La question était assez délicate et assez importante pour qu'Innocent III l'exposât et la discutât tout au long dans une décrétale ³. Le pape, d'ailleurs, ne prit pas nettement parti entre les deux doctrines adverses. Il établit plutôt entre elles une sorte de *modus vivendi* au moyen d'un expédient. Il déclare en effet que si l'époux qui invoque la *consanguinitas* en offre immédiatement la preuve toute prête, on fera bien, surtout s'il s'agit des degrés prohibés par la loi divine et pour lesquels toute dispense est impossible, de ne point accorder la restitution *quoad copulam*, en l'accordant cependant à tous autres égards: on fera alors prêter serment à l'époux récalcitrant qu'il n'invoque pas la parenté pour se soustraire malicieusement au devoir conjugal. Si l'on est en dehors de ces conditions, malgré l'allégation, il faudra adjuger une *plenaria restitutio*.

1. C. I, X, *De ord. cogn.*, II, 10.

2. C. x, X, *De rest. spol.*, II, 13.

3. C. xiii, X, *De rest. spol.*, II, 13.

L'exception d'excommunication était généralement admise comme servant à repousser l'*actio spoliationis*¹; on hésitait à l'admettre, au contraire, quand cette action s'appliquait au mariage. L'époux excommunié pouvait néanmoins demander la restitution de son conjoint. Ceux même qui accordaient encore ici l'*exceptio excommunicationis* disaient que le juge pouvait d'office ordonner la restitution de l'époux : il fallait, avant tout, éviter la fornication².

Le jugement qui ordonnait la restitution de l'époux avait pour sanction ordinaire l'excommunication du récalcitrant. Mais de sérieuses autorités admettaient qu'il pouvait aussi être exécuté directement, et la femme, tout au moins, ramenée de force au domicile du mari³.

IV

Le corps de chaque époux étant grevé d'une sorte de servitude au profit de l'autre, il sortit de là une théorie remarquable quant au vœu de continence. La femme ne pouvait

1. La personne excommuniée ne pouvait, *jure canonico*, agir en justice.

2. Panormit., sur c. fin., X, *De ord. cogn.*, n° 12 : « Sed in quantum dixi quod admittitur exceptio excommunicationis, Hostiensis dicit hoc verum esse nisi petatur restitutio conjugis. Sed Jo(annes) An(dreæ) sentit contrarium, quod, licet conjux communicet conjugi tempore excommunicationis, tamen non auditur vir petens restitutionem obstante excommunicatione. Sed dic quod judex ex officio suo illam restituet sibi propter periculum fornicationis; sed vir non auditur jure actionis. Hoc voluit glossa in c. *Quoniam multos* et Joh(annes) Calder(inus) hic. »

3. Panormit., sur c. xiii, *De rest. spoliat.*, II, 13, n° 29½ : « Quæritur, quia mulier hic cogitur redire ad maritum per censuram ecclesiasticam, an possit compelli precise, puta realiter capi per familiam et duci ad domum viri. Dubium facit primo iste textus ubi tantum dicitur de censura. Item si possit realiter adduci, non posset hoc consilium juris observari, et sic compelleretur ad peccatum. Item materfamilias non potest realiter cogi ut extrahatur de domo (C. *De off. divers. jud.*, l. 1). Contrarium consuluit dominus meus Cardin(alis), videmus enim quod conjux quandoque sequestratur in loco tuto, et sic realiter separatur a viro ad tempus; ubi subest causa restitutionis debet etiam realiter restitui. »

point valablement faire ce vœu sans l'assentiment du mari, ni le mari sans l'aveu de la femme ¹. La question se présentait d'ailleurs sous une double forme : tantôt il s'agissait d'un simple vœu de continence, la vie commune continuant d'ailleurs entre les époux ; tantôt l'époux qui se vouait embrassait la vie religieuse.

A. *Le vœu simple.*

La première hypothèse semblerait avoir été peu pratique ; c'est sur elle pourtant que l'Église paraît avoir eu à statuer d'abord. Étant donnée la hauteur où l'idéal chrétien plaçait la virginité ou la continence, il arriva fréquemment qu'une personne mariée voulut se réduire à une entière chasteté : les canons des apôtres réagissent même énergiquement contre la tendance des clercs à renvoyer leur femme ou à se refuser aux relations conjugales ². L'Église permettait, cependant, aux époux de toute condition de se vouer à la continence, pourvu que cela se fit d'un mutuel consentement ³. Cette convention intervenait le plus souvent seulement pour un temps, afin de pouvoir se livrer pleinement à la prière ⁴. Parfois, cependant, c'était pour toute la vie que le vœu était formé, et, parfois, il l'était au premier jour du mariage. Grégoire de Tours a conservé, dans l'histoire touchante des *duo amantes*, l'impression puissante du sentiment qui dictait ces résolutions ⁵. De semblables mariages étaient considérés comme moralement supérieurs aux autres, rappelant l'union de la Vierge et Joseph ⁶.

1. *Dictum* sur c. xi, C. XXXIII, qu. 5 : « Ex præmissis auctoritatibus apparet quod continentie vota nec mulier sine consensu, viri, nec vir sine consensu mulieris, Deo reddere potest. »

2. Can. apost. 5, 51.

3. C. i, iv-vi (August.) ; vii-ix (Hieronym.), C. XXXIII, qu. 5.

4. C. xii-xiii (August.), C. XXXIII, qu. 4.

5. *Historia, Francorum*, I, 42, édit. Omont, p. 25.

6. Hincmar, *De divortio Lotarii, interrog. V, resp.* (P. L., CXXV, 650) : « Qualiter vel pro quibus rebus, secundum auctoritatem inita con-

Cela était très simple au point de vue juridique lorsque les deux époux avaient, d'un commun accord, fait l'un et l'autre vœu de chasteté. Dans ce cas, ils étaient liés incontestablement; une convention postérieure en sens contraire ne pouvait point résoudre l'obligation, et, à plus forte raison, la volonté d'un seul était impuissante pour ramener le mariage à son état normal. Certains canonistes, et parmi eux Innocent IV, soutenaient même que si, violant leur vœu mutuel, les époux avaient encore des relations conjugales et que des enfants en naquissent, ceux-ci étaient illégitimes, le mariage n'existant plus au point de vue de la *copula* ¹. Cependant si l'un d'eux tombait dans l'incontinence, la glose du décret admettait que le juge ecclésiastique pouvait intervenir et ramener les époux à la cohabitation conjugale ².

Mais la question était plus délicate lorsqu'un seul des époux avait fait vœu de continence, l'autre conjoint ayant simplement donné son consentement. Celui qui ne s'était pas personnellement obligé ne pouvait-il pas exiger le devoir conjugal, lorsque les aiguillons de la chair devenaient trop pressants, et le lui interdire n'était-ce pas le pousser à l'incontinence et à l'adultère? Certains le soutenaient. Mais, en sens contraire, on disait que l'époux, en donnant son consentement, devait être censé avoir fait lui-même tacitement

jugia separari valeant... Primo, qui secundum evangelicam admonitionem ut beatus Augustinus in libro *De bono conjugalis* dicit. amore fit salutis æternæ, ubi tanto melius quanto spiritualius servatum quam dissociatum conjugium dicitur. » P. 654 : « Quia de separatione viri et uxoris nunc agitur, quæ non fit amore perpetuæ continentiæ. »

1. Panormit., sur c. xi, X, *De convers. conj.*, III, 32, n° 7 : « Ubi ad propositum (Innocentius) ponit unum notabile, quod si isti conjuges post emissum votum continentiæ se carnaliter commisceant, proles inde genita non est legitima, quia non sunt secundum legem conjuncti; non est enim amplius matrimonium quo ad exercitium carnis; idem notat glossa in c. *Ministri*, D. LXXX. »

2. Glose sur c. iv, C. XXXIII, qu. 5, v° *Persevera* : « Sed quid si alter fornicetur postea, numquid reliquus potest ipsum repetere? Hic quod non. Dicunt quidam : auctoritate episcopi restituetur. »

vœu de continence, parce que ce consentement était exigé simplement pour constater sa renonciation au devoir conjugal ¹. Les décrétalistes discutaient le problème sur une décrétale du pape Célestin III adressée au roi de Suède, dont la femme avait fait pour un temps vœu de continence, au cours d'une grande maladie ².

La question était surtout délicate lorsque c'était la femme qui avait fait le vœu avec le simple consentement du mari. Celui-ci, en effet, on l'a vu plus haut, avait en principe le pouvoir de révoquer les vœux émis par la femme, même après les avoir autorisés. Quelle raison y avait-il de ne pas appliquer ici ce principe? Cependant les deux chefs d'école, Pierre Lombard et Gratien, s'accordaient à en repousser l'application. Pierre Lombard admettait seulement que, si le mari, ayant d'abord donné son consentement, le révoquait ensuite avant que la femme eût pu en profiter en émettant effectivement le vœu, il reprenait tous ses droits ³. Gratien décidait nettement que, pour le vœu de continence, la règle générale quant aux vœux de la femme mariée ne s'appliquait pas, et que, pour celui-là, le mari n'avait pas le droit de *revocatio* ⁴. Très certainement les principes sur l'extinction

1. Panormit., sur c. xi, X, *De conv. conj.*, III, 32, n° 3 : « In aliis votis maritus consentiendo non videtur tacite vovere, sed in voto continentiae sic, quia consensus ejus non exigitur, nisi ut ipse non exigit. »

2. C. xi, X, *De conv. conj.*, III, 32.

3. *Sent. lib. IV*, D. XXXII, B : « Quibusdam videtur quod mulier non discedens a domo viri, quæ, viro permittente, continentiam voverit vel promiserit, eodem prohibente solvere non valeat, et hoc propter dignitatem viri quæ est caput mulieris. Sed melius hoc intelligitur in tali casu ubi vir concedit mulieri vovere continentiam, et ante votum prohibet implere. »

4. *Dictum* sur c. xi, C. XXXIII, qu. 5 : « Si autem consensu alterius eorum ab altero promissa fuerit (continentia) et postmodum in irritum reducere voluerit qui permisit, non tamen valet; quia in debito conjugii æque mulier habet potestatem viri, sicut vir mulieris; atque ideo si quilibet eorum alterum a suo jure absolverit, ad præteritam servitutem illum revocare non poterit. Quia vero in cæteris vir est caput mulieris et mulier corpus viri, ita vota abstinentiæ, viro permittente, mulier potest promittere,

des servitudes en droit romain jouèrent également ici un rôle. L'époux ayant renoncé à la *servitus* qu'il avait sur son conjoint ne pouvait faire revivre, par sa seule volonté, la servitude qu'il avait éteinte par sa renonciation ¹. Cependant Panormitanus faisait très justement observer que, d'après des textes formels, le mari pouvait révoquer le vœu d'abstinence fait par sa femme, et que le vœu de continence était en quelque sorte un vœu d'abstinence renforcé ².

B. L'entrée en religion.

Si le vœu de continence fait par une personne mariée était difficile à concilier avec la permanence de la vie commune, il était au contraire très simple que l'époux qui voulait pratiquer la chasteté fit un vœu solennel et entrât au couvent. Seulement, une question grave se posait alors : Qu'allait devenir l'autre époux ?

La législation de Justinien donna à ce problème une solution des plus simples : elle reconnut à chacun des époux le droit d'embrasser la vie religieuse et d'entrer au couvent, sans même exiger le consentement du conjoint ; mais, en même temps, elle fit de cet acte une cause légitime de divorce. L'époux abandonné et resté dans le siècle pouvait divorcer sans encourir aucune peine et se remarier ³.

Mais l'Église n'accepta pas cette solution. Fidèle à la con-

ut tamen, eodem prohibente, repromissa non valeat adimplere. » Cf. *dictum* sur c. xx, *ibid.*

1. Glose sur c. x, C. XXXIII, qu. 5, v^o *Hunc* : « Vir duplicem habet servitutem in uxore, unam quoad debitum reddendum, aliam quoad ministerium sibi exhibendum ; unde licet unam relaxaverit, non tamen aliam ; ff. *De servit. præd. urb.*, Si domus. »

2. Sur c. xi, X, III, 32, n^o 4 : « Tamen puto contrarium, quia votum continentiae est votum abstinentiae, ut c. xxiii, C. XXVII, qu. 2. Cum ergo jura divina et humana dent marito plenam facultatem in voto abstinentiae, ergo videtur quod votum continentiae poterit revocare. »

3. L. 53 ; § 3, C. I, *De episcop.*, l, 3 ; Nov., 5, c. v ; Nov. 22, c. v ; Nov. 117, c. xii ; Nov. 123, c. xl.

ception de la *mutua servitus*, elle déclara que, dès que le mariage était consommé, aucun des deux époux ne pouvait embrasser la vie religieuse sans le consentement de l'autre. C'est ce que décidait en particulier saint Basile ¹, et, sous cette influence, l'Église orientale a modifié dans ce sens la législation de Justinien; mais elle s'y est attachée d'autre part, en ce qu'elle voit toujours là un cas de divorce ².

L'Église occidentale alla plus loin. Non seulement elle admit aussi que le consentement du conjoint était nécessaire pour qu'un époux se fît religieux, mais, de plus, elle professa que, dans ce cas, le mariage n'était point dissous; il persistait au contraire, et l'époux resté dans le siècle ne pouvait se remarier. C'est une idée que proclama en particulier Grégoire le Grand, condamnant les lois humaines qui donnaient une solution contraire ³. A la vérité, dans la monarchie franque, nous trouvons encore le divorce admis dans cette hypothèse, spécialement par le *Decretum Compendiense* (757)⁴; et peut-être même Fulbert de Chartres partageait-il encore ce sentiment ⁵, mais la doctrine de Grégoire I^{er} devait définitivement prévaloir un grand danger. En maintenant l'époux non converti à la vie religieuse dans les liens d'un mariage, dont cependant il ne pouvait user, ne le précipitait-on pas dans l'incontinence? La logique imposait, semble-t-il, une solution différente. L'équilibre serait maintenu dans ce mariage, si les deux conjoints entraient en même temps au

1. *De instit. monach.*, qu. 12. Cf. c. xxii, C. XXVII, qu. 2, donné par Gratien comme étant « ex octava synodo », mais qui n'est qu'un résumé de saint Basile. Regino (II, 109) donne à ce texte sa provenance véritable : *Ex dictis Basilii episcopi*.

2. Zhishman, *op. cit.*, p. 773 et s.

3. Grég. I, ep. XI, 27 (*Mon. Germ., Epist.*, II, p. 294), c. xix, C. XXVII, qu. 2 : « Sunt qui dicunt religionis causo conjugia dissolvi. Verum sciendum est, quod, si hoc lex humana concessit, lex tamen divina prohibuit. » Voir aussi epist. XI, 30 (*ed. cit.*, p. 300); c. li, C. XXVII, qu. 2.

4. Voyez ci-dessous. Deuxième partie, titre III, ch. II, n° 3.

5. *Ep. XLII* (Migne, t. CXXI, p. 225).

monastère, chacun de leur côté : par conséquent, il fallait subordonner la profession d'un époux à la profession simultanée de son conjoint, un simple consentement de ce dernier ne suffisant pas. On arriva de bonne heure à cette conclusion, par un raisonnement particulier emprunté à la théorie de l'*unitas carnis*. Les deux époux ne formant qu'une seule et même chair, il paraissait impossible qu'une moitié restât dans le siècle, tandis que l'autre en sortait¹. Aussi cette thèse est-elle exposée comme un point certain dans un texte attribué par Gratien à un concile de Reims, mais qui n'est pas autre chose qu'un [article du texte franc] de Verberie, augmenté de cette clause qu'il ne contenait pas². Une lettre de Nicolas I^{er}, au sujet de la reine Tietberge de Lorraine, paraît aussi contenir la même doctrine³. C'était celle de docteurs célèbres⁴.

Mais c'était ajouter aux textes anciens, qui se contentaient d'un consentement donné par le conjoint; c'était d'ailleurs exiger beaucoup plus qu'il n'était nécessaire. On fut ramené bientôt à une règle moyenne et moins sévère. On ne se contenta point du simple consentement du conjoint; car, celui-ci ne s'étant pas par là expressément obligé à observer la chasteté,

1. C. xix, C. XXVII, qu. 2 (Greg. I^{er}) : « Si ergo vir et uxor una caro sunt et religionis causa vir uxorem dimittit vel uxor virum in hoc mundo remanentem, vel etiam fortasse ad illicita vota migrantem, quæ est ita conversio in qua una eademque caro ex parte transit ad continentiam et ex parte remanet in pollutione ? »

2. C. x, C. XXXIII, qu. 5 : « Qui uxorem suam velare permiserit, aliam non accipiat, *sed similiter convertatur* ». Le texte de Verberie (c. xxi) ne contient pas ces derniers mots, il a tout simplement pour but d'exclure le divorce et le convol du mari. Regino (II, 124) ne contient pas encore l'addition.

3. Un passage de cette lettre est contenu dans c. xxvi, C. XXVII, qu. 2.

4. Glose sur c. xxvii, C. XXVII, qu. 2, v^o *Desponsatam* : « Et dicit Hu(gutio) quod sponsus cum dat licentiam sponsæ, vel e converso, intrandi monasterium, matrimonium non solvitur, sed compellendus est ipse intrare, et, si contraxerit, duos habet viros mulier vel vir duas uxores... Baz(ianus) dicit quod non solvitur nec intrare compellitur, et, si contraxerit, habet duas uxores. »

on considéra qu'il pourrait légitimement demander la restitution de l'époux *conversus*. On exigea de plus qu'il fît de son côté vœu de continence¹, mais on n'alla pas jusqu'à exiger qu'il embrassât toujours la vie religieuse. On laissait à ce point de vue un large pouvoir d'appréciation à l'autorité ecclésiastique. Si le conjoint était jeune et suspect d'incontinence, il fallait nécessairement qu'il entrât aussi au cloître²; s'il était au contraire âgé et ne donnait aucune prise au soupçon, il pouvait rester dans le siècle³.

Lorsqu'un des époux entrait au monastère sans que l'autre le sût, ou malgré l'opposition de celui-ci, ou lorsqu'il n'avait obtenu son consentement que par violence ou par dol, l'époux abandonné avait une action pour extraire du couvent son conjoint et le rappeler à lui⁴; et cette action, bien qu'on eût soutenu le contraire, était imprescriptible⁵. On se demandait

1. C. I, X, *De conv. conj.*, III, 32 (Alex. III). — Glose sur c. x, C. XXXIII, qu. 5, v^o *Convertatur* : « Alii dicunt quod qui dat licentiam, nisi expresse voveat, continere non tenetur, nec monasterium ingredi, imo eam revocare potest de monasterio. » — Hugutio avait cependant admis que le consentement seul suffisait, mais parce qu'il y voyait un vœu implicite de continence. Même glose : « Et hic dicit Hu(gutio) quod eo ipso quod dat uxori licentiam intelligitur vovere, quod si non exprimat compellendus est ire ad religionem et sufficit tacita licencia id est permittere. » Mais on avait refusé de suivre cette déduction extrême; *ibidem* : « Secundum istos expressus consensus exigitur in contrahendo, ita in separando matrimonio. »

2. Glose sur c. XIX, C. XXIII, qu. 2, v^{is} *In pollutione* : « Argumentum quod uno intrante monasterium possit alter conjugum in sæculo remanere, dummodo in castitate vivat; non enim videtur esse causa prohibitionis nisi pollutio, causa ergo cessante, cessabit prohibitio. » — C. IV, VIII, XIII, XX, X, *De conv. conj.*, III, 32.

3. Le modèle donné par le *Liber Romensis* (ci-dessus, t. I, p. 304, note 1) n'exige rien de plus que le vœu de continence.

4. Pour toute cette théorie, voyez Panormitanus sur c. IX, X, III, 32.

5. Glose sur c. III, C. XXXIII, qu. 5, v^o *Conjugium* : « Sed usquequo habebit maritus licentiam revocandi eam? Dicunt quidam quod intra annum et diem (arg. c. II, C. XX, qu. 2). Baz(ianus) dicebat quod intra triennium (c. III, C. XVII, qu. 2). Alii dicunt quod tunc potest revocare cum primo copiam habuit, post non. Ego dico quod quandoque potest. »

si le même droit existait encore lorsque l'époux entrait au cloître du consentement de son conjoint, mais sans que celui-ci eût formé le vœu de continence pour son propre compte ¹. Toutes les fois que ce *jus revocandi* était reconnu, la question se posait de savoir si la *professio* faite par l'époux, bien que l'effet en fût momentanément entravé, n'était pas néanmoins valable. L'intérêt de la question, c'est que si la *professio* était reconnue valable, après la mort du conjoint opposant, celui qui l'avait faite était tenu de rentrer au couvent; mais cela sort de notre sujet.

Dans un seul cas l'époux été parfaitement libre de faire une *professio* valable et de l'exécuter sans avoir besoin du consentement de son conjoint. C'est lorsque celui-ci s'était rendu coupable d'adultère; car alors cessait la *servitus quoad copulam* ².

SECTION DEUXIÈME

Les effets du mariage quant aux enfants.

Quant aux enfants, le mariage peut produire un double effet : 1° il fait les enfants légitimes; 2° il légitime les enfants naturels. La théorie, qui, sur ce point est délicate et savante, ne se trouve que chez les canonistes classiques.

I

Est légitime tout enfant conçu et né, ou tout au moins conçu en légitime mariage ³. Comme on s'attache surtout à la

1. Panormit., sur c. 1, X, III, 32, n° 7 : « Si vero sponte consensit alterius ingressui, non tamen emittendo votum continentiae, tunc sunt opiniones. Nam quidam, ut Ab(bas) hic et Innocentius) volunt quod si remanens in saeculo est juvenis, debet ad petitionem ipsius ingressus revocari. C(alderinus) tenet quod solum ex officio judicis, quod mihi plus placet. Nam praestando consensum renunciavit juri quod habebat in altero. Sed judex ex officio suo, ne committatur adulterium per remanentem in saeculo, educet illum de monasterio. »

2. C. xv, X, III, 32; voyez plus loin, Deuxième partie, titre III, ch. II, n° 9.

3. Glose sur c. II, X, *Qui filii sint leg.*, IV, 17; v° *Concepti* : « Sic ergo

naissance, il n'est point douteux que l'on doive également regarder comme légitime l'enfant né pendant le mariage quoique conçu auparavant¹.

Pour prouver sa filiation légitime, il faut donc qu'un enfant établisse : 1° qu'il a pour mère telle femme, et pour père tel homme; 2° que ces deux personnes étaient unies en légitime mariage lors de sa conception ou de sa naissance. Quant au second point, c'est-à-dire l'existence du mariage, nous savons déjà comment s'en fait la preuve². Mais il y a quelques règles spéciales, lorsque la question s'agite après la mort des parents, ou de l'un d'eux, dans le seul but d'établir la légitimité. Alors, en effet, les meilleurs canonistes tenaient que, lorsqu'un homme et une femme avaient vécu ensemble jusqu'à la mort de l'un d'eux, il y avait présomption qu'ils étaient mariés³. Il suffisait dans tous les cas que l'enfant établît que, l'opinion publique admettait le mariage de ses père et mère⁴, ou même que la majorité des voisins y

tempus conceptionis spectandum est cum de commodo alicujus spectatur. » Panormitanus, *ibid.* : « Nota maxime juncta glossa, quod, ubi agitur de favore filiorum, concepti habentur pro natis; secus ubi agitur de odio. »

1. Panormit., sur c. xii, X, *Qui filii*, IV, 17 : « Nota quod natus ex sponsa de futuro est legitimus, licet matrimonium aliter non fuerit publicatum, quod videtur procedere impedimento matrimonii non probato ». — Dans le cas prévu par Panormitanus, il est vrai que, le mariage résultant de la *copula* jointe aux fiançailles, l'enfant en réalité a été conçu en légitime mariage.

2. Voyez ci-dessus, tome I, p. 214 et suiv.

3. Panormit., sur c. v, X, *Qui filii*, IV, 17, n° 6 : « Natus ex masculo et femina simul habitantibus præsumitur legitimus, quasi favore legitimationis inter illos præsumatur matrimonium. Sed respectu ipsorum viventium canon præsumit potius stuprum ut inducantur ad palam contrahendum et satis procederet hoc dictum si isti vocabant se conjuges, ut voluit Inn(ocentius) in c. *Ex parte*, cujus dictum notabile, quia habes ex his modum facilem probandi quem esse legitimum. » Le même, sur c. xi, X, *ibid.*

4. Panormit., sur c. xi, X, *Qui filii*, IV, 17, n° 4 : « Filius agit dicens se legitimum... et probat multis modis. Primo modo, si docet parentes suos contraxisse matrimonium publice ut hic. Secundo modo, si communis opinio vicinæ habebat quod erant maritus et uxor, ex quo habes quod commu-

croyait¹. Mais l'adversaire pouvait, par témoins, faire la preuve contraire.

La maternité, étant un fait matériel, se prouvait par les modes de droit commun². Quant à la paternité, elle se prouvait par présomption, et, sur ce dernier point, la théorie des canonistes avait été formée plutôt par des emprunts aux lois romaines que par les décisions des textes canoniques.

La paternité se prouvait par cette présomption, empruntée au droit romain, que les enfants nés d'une femme mariée ont pour père le mari³. Sur quoi reposait-elle? Il est remarquable que les canonistes ne lui donnaient point pour fondement le mariage lui-même et la fidélité que se doivent les époux. Hostiensis donne une explication qui paraît lui être propre et qui rappelle la conception des législations primitives⁴ : il considère que les enfants appartiennent au mari, comme la récolte appartient au propriétaire du champ⁵.

nis opinio viciniæ probat matrimonium quoad effectum legitimitatis. Tertio, si probat quod parentes sui se tractabant sicut vir et uxor. »

1. Panormit., sur c. xii, *Qui filii*, n° 2 : « Bonum textum in arg. quod ad probandum legitimitatem satis est probare quod opinio viciniæ habebat parentes illius fuisse conjunctos legitime... et nota quod sufficit major pars viciniæ et hoc procedit nisi per testes probetur oppositum. »

2. Hostiensis, *Summa*, p. 382 : « Et quidem maternitas legitima et naturalis per testes probari potest, scilicet per obstetrices qui adfuerunt. »

3. Panormit., sur c. iv, X, *Qui filii*, n° 8 : « Vult dicere (glossa) quod ex quo quis natus est de uxore alicujus, præsumitur filius istius, nam filiatio ex parte patris non potest probari. Ideo dixit lex quod mater est certa, pater autem est ille, id est præsumitur, quem nuptiæ demonstrant. »

4. Voyez mes *Mélanges d'histoire du droit*, p. 8.

5. *Summa*, p. 382 : « Paternitas autem probatur per nuptias, nam quicumque semen apposuerit, marito acquiritur, quia est dominus ventris. » — C'est par le même raisonnement qu'Hostiensis explique comment, lorsque la mère est servie et le père libre, les enfants suivent la condition de la mère et sont soumis au seigneur de celle-ci; *Summa*, p. 366 : « Sed quæritur ratio quare servus sequatur ventrem, quia secundum naturam quodlibet agens subjecto debet dominari, et apostolus dicit quod omnis anima debet subesse superiori; unde et mulier subjecta et viro tanquam superiori et capiti, ideo partus debet sequi conditionem patris, tanquam dignioris, et non

Mais la majorité des canonistes faisaient reposer la présomption sur le fait même de la vie commune et des relations habituelles. Ce qui le prouve, c'est qu'ils l'admettaient également dans le cas d'un simple concubinage. La paternité naturelle était alors prouvée exactement comme la paternité légitime¹, sans qu'il y eut besoin de l'aveu du père², et sans que celui-ci pût la faire tomber par une dénégation.

Cette présomption ne pouvait pas être librement combattue par la preuve contraire. Pour la renverser, il fallait que le mari établît qu'à l'époque où s'était placée la conception il n'avait pas pu avoir de commerce avec sa femme : un adultère commis par celle-ci et prouvé ne suffisait pas pour faire tomber la présomption³. Les règles de ce désaveu étaient

matris. Nam et secundum physicos semen hominis dignius est et magis operatur in generatione quam semen mulieris. Ergo est contra naturam et contra jus, sicut objecit mihi magister Raymundus medicus. Responde, licet vir ponat semen pro majori parte vel magis operatur, tamen mater nutrit et in ventre vivificatur partus, unde fructus sequitur terram, sive sit libera, sive sit serva, et ejus domini fit. »

1. Panormit., sur c. iv, X, *Qui filii*, n° 8 : « Si pater cohabitabat uxori, tunc præsimitur filius suus... et idem dicitur de eo qui nascitur ex concubina retenta in domo, ut præsumat filius concubinari... Conclude quod si probatur natus ex muliere retenta in domo, satis probatur filius mariti seu concubinari, nec crederetur verbo patris asserentis contrarium, quia non potest pater filium non agnoscere, maxime si fama viciniæ et pro filiatione ». — Glose sur c. xiii, *De fil. presbyt.*, l, 17, v° *Constiterit* : « Si natus fuit ex illa quam tenebat secum publice in domo pro concubina, præsimitur filius illius, sicut aliquis præsimitur filius quia natus est in matrimonio, quia pater est is quem nuptiæ demonstrant. »

2. Voyez cependant Hostiensis, *Summa*, p. 382 : « Naturalis (filiatio probatur) per testes et famam et recognitionem et affectionem. » Mais il s'agit là sûrement d'un enfant naturel qui n'est pas né d'une concubine *retenta in domo*.

3. Panormit., sur c. xii, X, *Qui filii*, n° 8 : « Hoc procedit si maritus erat præsens; secus si fuisset absens tanto tempore quod non potuisset istum generare, nam tunc potuisset istum negare in filium et uxorem convincere de adulterio; finge enim quod absens per biennium reperit filium domotrium mensium. Sed si pater cohabitabat uxori, tunc præsimitur filius suus etsi probaret quod eo tempore uxor commisisset adulterium cum alio; nam,

assez lâches d'ailleurs, car le droit canonique ne déterminait pas comment pouvait être établie l'impossibilité des relations conjugales, et il n'avait pas fixé non plus la durée de la gestation ¹.

Outre la preuve directe de la maternité et la preuve par présomption de la paternité, la possession d'état pouvait encore établir la filiation légitime. Ici, d'ailleurs, comme pour la preuve du mariage, la possession d'état était entendue d'une façon très large, et l'on se contentait souvent d'un seul des éléments dont la réunion est requise parmi nous pour la constituer ².

cum posset esse filius utriusque, debemus præsumere pro favore filiationis quod si potius mariti quam adulteri.» — Le même sur c. iv, X, *Qui filii*, n° 2 : « Nota quod potest quis probari filius adulteri, licet mulier moretur cum marito; quod intelligo, quando potest probari quod tempore conceptionis maritus non utebatur cum conjuge, alias puto contrarium. » — Le même sur c. xiv, X, *Depurg. canon.*, n° 6 : « Et in quantum glossa dicit sufficere probare quem fuisse genitum ex uxore Titii, ut inferatur ipsum esse filium Titii, dic hoc procedere etiam si Titius negaret ipsum esse filium suum, quia ex quo quis est natus ex uxore alicujus, præsumitur natus ex marito nec potest maritus eum non cognoscere in filium suum, nisi probaret tempore conceptionis eum fuisse absentum, vel impotentem ad generandum. Et idem dic si mater postea assereret ipsum esse filium alterius quam mariti, ut non credatur ei in præjudicium filii, quod videtur procedere, etiamsi probetur quod tempore conceptionis mater habebat concubitum cum alio. »

1. Yves de Chartres, *Ep. CCV*, p. 210 : « Opponens ei (uxori tuæ) non esse genitum ex te quod peperit, quum morareris in Anglia, propterea quod, computatis diebus qui sunt inter conceptum et partum, inventi sunt minus septem dies quam consuetudo credebatur habere parientium... De conjectura dierum qui abesse dicuntur, respondeo quia nullum tibi certum faciunt argumentum, cum honestæ mulieres et veteranæ causa veritatis inquirendæ a nobis interragatæ manifeste responderint non semper intra eundem terminum dierum contingere solere puerperium, cum secundum alacritatem naturæ vel imbecillitatem nunc paulo celerius, nunc paulo tardius post conceptum soleant contingere partus. » — Cf. Le Ridant, *Code matrimonial*, v° *Naissances tardives*.

2. Panormit., sur c. iii, X, *Qui filii*, n° 8 : « Sed ut plenius habeas hanc materiam, cum quæritur qualiter filiatio probetur, capiendo aliqua ex dictis domini Antonii hic concludere... Aut probatur solum tractatus parentum, quia

II

L'un des éléments essentiels de la filiation légitime étant la conception ou la naissance en légitime mariage, si le mariage contracté entre le père et la mère était nul en droit par suite d'un empêchement dirimant, la logique voulait que les enfants issus de cette union fussent déclarés illégitimes. Le droit romain avait suivi cette logique sans songer à en atténuer la rigueur¹, et le droit canonique de l'Église orientale est resté fidèle à ces principes². En Occident, il en fut de même pendant fort longtemps : au xi^e siècle encore, les *Exceptiones Petri* reproduisent cette doctrine³. Mais, dans le cours du siècle suivant, le droit canonique se départit de cette logique rigoureuse et créa la théorie du mariage putatif. Il admit que, si

eum tractabant ut filium et iste illos ut parentes, et ex hoc solo probatur filius... Ant probatur sola fama, et tunc si nihil probatur in contrarium, illa sufficit ad probandam filiationem, quia cum hæc res de facili probari non possit, sufficiunt illæ probationes conjecturales, quod tenet hic dominus Antonius. Istud tamen dictum videtur satis durum quod sola fama, sine probatione tractatus seu sine vocatione parentum, debeat plene probare in præjudicium venientium ab intestato, cum regulariter fama non probet. Quandoque fama vicinæ habet unum et dictum parentum habet oppositum, et standum est dicto parentum ut hic. Quandoque parentes negant aliquem filium, et ille est in possessione filiationis, et non statuit dicto parentum, ut hic juncta glossa; secus ubi filius non esset in possessione filiationis; et in finali notat glossa quod, concurrentibus, contrariis præsumptionibus, standum est fortiori; si autem nulla es fortior, tunc mutuo se tollent. »

1. L. 6, C. V, 5.

2. Zhishman, *op. cit.*, p. 700 et s.

3. *Petr.*, I, 39 (éd. Savigny), p. 342 : « Unum tamen non dubites quod si quis incestas contraxerit nuptias, *sciens vel ignorans*, filii, qui probabuntur nati ex tam incesto coitu, nullo modo, nullo tempore patri vel matri succedere poterunt, nisi inconcussa triginta annorum possessio defendat eos. » — On ne saurait alléguer qu'ici Petrus, comme en d'autres passages, rapporte le pur droit romain, sans tenir compte du droit canonique, car le chapitre débute ainsi : « Si quis cognatam suam intra septimam generationem duxerit uxorem, vel monacham, quam legibus et canonibus copulari prohibitum est. »

l'un des conjoints avait été de bonne foi, avait ignoré lors du contrat l'empêchement dirimant, le mariage, quoique nul, produirait tous les effets d'un mariage légitime pour le temps qui aurait précédé la déclaration de nullité et quant aux enfants nés ou conçus à cette époque. Mais, pour cela, la bonne foi ne suffisait pas; il fallait en outre que le mariage eût été contracté *in facie Ecclesiæ* : le mariage clandestin. alors même que la preuve en était possible, ne pouvait jamais constituer un mariage putatif¹. Lorsque, au quatrième concile de Latran, la publication préalable des bans eût été imposée, il fallut aussi que cette formalité eût été remplie pour que le mariage pût jouir de cette faveur².

Cette théorie du mariage putatif est nettement sanctionnée par le droit des décrétales depuis Alexandre III³. Mais ce n'est pas la législation qui l'avait introduite; elle était le produit de la doctrine et de l'interprétation. C'est dans Pierre Lombard que je la trouve pour la première fois, mais elle est déjà toute formée. Nous y voyons également le travail de préparation dont elle était sortie. Deux conceptions s'étaient produites, tendant l'une et l'autre à corriger la rigueur première. Les uns, et c'est l'idée qui triompha, reconnaissaient bien, en présence d'un empêchement dirimant, qu'en droit il n'y avait pas eu mariage; mais, excusant les contractants du délit qu'ils avaient commis sans le savoir, ils déclaraient qu'il y avait eu dans l'espèce un *quasi conjugium*, d'où la légitimité des enfants. Les autres admettaient qu'en droit il y avait eu mariage jusqu'à la déclaration de nullité, ce qui montre que l'idée de l'indissolubilité du mariage n'était pas encore profondément enracinée; et ils invoquaient dans ce sens les textes qui appellent *conjugia* les mariages de fait contractés entre parents au degré prohibé⁴. Nous voyons là les raisonnements

1. CC. II, X, X, *Qui filii*, IV, 17.

2. C. III, X, *De cland. matr.*, IV, 3.

3. C. II (Alex. III); c. X (Celest. III), X, *Qui filii*, IV, 17; c. III (Inn. III), X, *De cland. matr.*, IV, 3.

4. *Sent., lib. IV*, D. XLI, C: « Et est sciendum quod Ecclesia infra prædictos

par lesquels on justifia tout d'abord la théorie nouvelle, qui assurait la légitimité aux enfants tout en annulant le mariage. Mais on peut affirmer que la cause profonde qui la fit recevoir fut la rigueur du droit canonique quant aux empêchements fondés sur la parenté et sur l'alliance. Étant donnée la portée qu'ils avaient atteinte, quantité de personnes pouvaient, de la meilleure foi du monde et sans faute grave de leur part, contracter des unions nulles. Un correctif semblable s'imposait.

Si la théorie du mariage putatif est toute formée dans Pierre Lombard, Gratien au contraire ne la connaît pas. Il pose en termes généraux la question de savoir si les enfants issus d'unions incestueuses sont légitimes; mais il y répond simplement par un texte emprunté à saint Augustin, qui, lui-même, ne contient qu'une interrogation ¹; et la tradition interprétait ce passage en ce sens qu'il contenait l'ancienne doctrine de l'illégitimité absolue des enfants, car la glose juge

gradus consanguinitatis conjunctos separat. Si autem ignoranter conjuncti fuerint in conspectu Ecclesiæ, et postea, probata consanguinitate, ejusdem judicio separati, quæritur utrum copula illa conjugium fuerit. Quibusdam videtur non fuisse conjugium, quia non erant legitimæ personæ; sed tamen de crimine excusantur per ignorantiam et quasi conjugium reputatur, quia bona fide et per manum Ecclesiæ convenerunt. Unde et filii eorum legitimi habentur. Alii vero dicunt fuisse conjugium, licet non essent legitimæ personæ; quia talium conjunctiones vocant canones conjugia, ubi de personis agitur, quarum testimonio consanguineorum sit dirimenda conjunctio. » [Cette seconde opinion était celle d'Hugues de Saint-Victor, G. Le Bras, *Dict. de théologie catholique*, art. *mariage*, t. 9, col. 2147]. — Pierre Lombard aussi semble se placer à ce point de vue, car, après un certain nombre de citations, il termine ainsi : « Ecce quibus accusantibus vel testificantibus dirimenda sit consanguineorum conjunctio, quæ conjugium vocatur. »

1. C. XXXV, qu. 7 : « Quod autem quæritur si illi qui de incestuosis nascuntur filii reputentur, Augustinus in libro quæstionum super Leviticum, cap. 77, determinat ita dicens : Quid est... cum filii ex hujusmodi conjunctionibus et ante nati sint hodieque nascantur ? An hoc intelligendum est lege Dei constitutum, ut quicumque ex eis nati fuerint non deputentur filii, id est nullo parentibus jure succedant ? »

nécessaire de le rectifier sur ce point ¹. Gratien mentionne seulement que l'Église, par tolérance, a pu parfois ne pas annuler les mariages contractés entre parents, et, par ce moyen, assurer la légitimité des enfants ². On peut donc considérer que la théorie du mariage putatif, comme celle des *sponsalia per verba de præsenti*, est une création de l'*Ecclesia Gallicana*, qui se fit recevoir dans le droit canonique commun. Les canonistes postérieurs y apportèrent peu de chose ; ils précisèrent cependant quelques points délicats.

L'élément vraiment générateur du mariage putatif, c'était la bonne foi des conjoints. On se demanda donc si elle ne devait pas être considérée indépendamment pour chacun d'eux, de sorte que, si elle existait chez l'un et non chez l'autre, l'enfant serait déclaré légitime seulement par rapport à l'époux *ignorans*. Cette opinion eut ses partisans et parmi eux des canonistes de premier rang. Mais la tradition contraire du droit romain en ce qui concerne les questions de liberté, les inconvénients pratiques que présentait cette doctrine, la firent rejeter ³. Il suffit de la bonne foi d'un seul des conjoints pour que l'enfant fût réputé légitime à l'égard de tous les deux.

On se posa aussi la question de savoir si l'erreur de droit

1. V^{is} *Quod autem* : « Si parentes nesciunt impedimentum, non est dubium quin filii sint legitimi. »

2. C. XXXV, qu. 8 : « De his vero qui *ignoranter* conjuncti sunt, in quo gradu consanguinitatis vel affinitatis ex dispensatione Ecclesiæ relinquantur. »

3. Glose sur C. XXXV, qu. 7, v^{is} *Quod t autem* : « Si autem unus scivit et alter nescivit, dicunt quidam quod quantum ad scientem non sunt legitimi, sed quantum ad ignorantem sunt. Sed licet H (ugutio, et L aurentius) ita dixerint, tamen reprobatur eorum distinctio ; quia inconveniens esset quod aliquis esset partim legitimus et partim illegitimus, sicut nemo potest esse partim liber et partim servus, ff. *De lib. causa*, Duobus. Sed si ambo parentes sciunt impedimentum, filii non sunt legitimi, licet Ecclesia habuit illud pro matrimonio. » Gofredus, *Summa*, p. 189 : « Sed hoc non placet, nam hoc monstruosum esset aliquem pro parte fore legitimum pro parte illegitimum. »

pouvait être prise en considération et produire la bonne foi aussi bien que l'erreur de fait ; mais il ne semble pas que la doctrine sur ce point fût parfaitement claire ¹.

Enfin il est certain que tout l'effet du mariage putatif se borna d'abord à assurer la légitimité des enfants ; mais on devait aller plus loin et faire aussi participer les époux à ce bienfait dans leur intérêt personnel. Les avantages pécuniaires qu'un mariage valable leur eût assurés furent maintenus à raison de la bonne foi. C'est ce qu'indique déjà Panormitanus ².

III

Le second effet que produit, quant aux enfants, le mariage légitime, c'est de légitimer les enfants naturels qui sont nés antérieurement du commerce des deux conjoints.

En ce qui concerne les enfants illégitimes, le droit canonique s'est étroitement attaché au droit romain. Avec lui il distingue les enfants naturels proprement dits, nés d'une concubine *retenta in domo* et d'un homme non marié ; les

1. Panormit., sur c. VIII, X, *Qui filii*, n° 5 (Il s'agit d'un cas où la femme, dont le mari était absent depuis de longues années, s'est remariée avec l'autorisation de l'évêque) : « Quarta lectura ponitur in fine glossæ, quod iste episcopus male processerit, sed quia mulier nupsit autoritate Ecclesiæ, filii debent esse legitimi. Nota singularem istam lecturam, ex qua habes quod licet sententia separationis sit nulla, ex quo lata est ab Ecclesia filii geniti ex alio matrimonio sunt legitimi. Ego tamen aliquantulum dubito utrum sit vera, quia error juris non debet excusare etiam mulierem nisi in casibus expressis, nisi dicamus quod error erat probabilis et habet realiter excusare. »

2. Sur c. II, X, *De don. inter vir.*, IV, 20, n° 3 : « Secundum consuetudinem quorumdam locorum acquisita per alterum conjugum stante matrimonio efficiantur communia et veniunt dividenda soluto matrimonio, et secundum istum intellectum collige tales consuetudines vel statuta vindicare sibi locum et in matrimonio putativo, et sic, declarato matrimonio (nullo), illa bona per alterum acquisita veniunt dividenda ac si matrimonium teneret. » — Voyez, pour le droit postérieur, Gonzalez Tellez, sur c. II, X, IV, 17, n° 5 et suiv.

spurii, nés d'une femme *soluta* et d'un homme également libre, mais sans qu'il y ait eu entre eux cohabitation publique; enfin les enfants adultérins ou incestueux, issus du commerce entre deux personnes dont l'une était mariée ou parente de l'autre. De même, quant aux droits que ces diverses catégories d'enfants illégitimes pouvaient avoir à l'égard de leurs parents, le droit canonique se référait en principe au droit romain, tel qu'il était contenu dans la Compilation de Justinien ¹. On avait douté, cependant, que les *liberi naturales* eussent des droits successoraux ², et, d'autre part, le droit canonique accordait aux enfants adultérins et incestueux des aliments, que le droit romain leur refusait ³. Les canonistes avaient également précisé la manière dont pouvait être établie la filiation illégitime. La filiation maternelle se prouvait par les modes de droit commun; quant à la filiation paternelle, il fallait distinguer. Pour l'enfant naturel proprement dit, celui qui était né d'une concubine *retenta in domo*, nous savons qu'elle s'établissait par la même présomption que pour les enfants légitimes, et il en était de même pour l'enfant né d'un mariage nul et contracté de mauvaise foi par les deux époux; quant aux *spurii* et *vulgo concepti*, par la force des choses, la paternité ne pouvait être établie que par la reconnaissance du père. Mais celle-ci était considérée comme un simple fait, non comme un acte juridique soumis à des con-

1. Voyez les docteurs sur c. vi, X, *Qui filii*, IV, 17. — Gofredus, *Summa*, p. 188 v°; Hostiensis, *Summa*, p. 380 v°.

2. Panormit., sur c. vi, X, *Qui filii*, n° 12 : « Sed Gofredus fuit in contraria opinione, quia, cum de jure canonico omnis coitus præter uxorium sit expresse reprobatus, non debent isti parentibus in aliquo succedere. Sed Hostiensis ibi sentit oppositum... et hæc opinio plus placet mihi, quia in hæreditatibus standum est juri civili, ex quo jus canonicum non expresse disponit in contrarium. »

3. Panormit., sur c. vi, X, *Qui filii*, n° 12 : « Quinimo natis ex coitu reprobo jura civilia denegant alimenta ut in auth. Ex complexu, C. De incest. nupt. Sed de jure canonico alimenta præstantur propter æquitatem naturalem. Numquid autem aliquid possit relinqui istis filiis? Dic quod sic propter alimenta, item pro dote. »

ditions ou à des formes déterminées; de quelque manière qu'elle intervînt, elle faisait également preuve de la filiation. La possession d'état était, par là même, admise comme preuve, et c'était la meilleure preuve à fournir ¹. La preuve contraire était admise.

Le droit canonique avait également emprunté au droit romain l'institution de la légitimation des enfants illégitimes ². Les canonistes anciens rappellent même soigneusement tous les modes de légitimation reconnus par la législation des Pandectes, du Code et des Nouvelles, jusqu'à ceux qui comportaient un état de choses disparu depuis des siècles, tel que l'oblation à la curie ³. Mais un seul mode de légitimation doit être examiné ici, celui qui s'opérait par mariage subséquent; car c'est le seul qui resta pratique et s'est transmis jusqu'à nous; c'est le seul aussi que le droit canonique enrichit de nouvelles règles.

1. Hostiensis, *Summa*, p. 382 : « Quid de spuria paternitate? Certe vulgo conceptus non potest patrem ostendere. Natus de adulterio ostendit, sed non licet nominare. Verumtamen et hoc probatur per famam et affectionem et nominationem sive confessionem illius cui dicitur filius. » — Glose sur c. x, X, *De fil. presbyt.*, l, 17 : « Sed si non fuit natus de tali (concubina), quomodo probabitur? Responde ex eo quod vocabat illum filium et ille appellabat eum patrem et communiter habebatur et nominabatur filius, et ex dilectione sola discernitur quis cujus filius approbatur. Sed videtur quod talis nominatio non probet illum filium, quia contrariam admittit probationem; bene statuit nominationi, nisi expresse contrarium probatur. » — Cf. c. x, *De probat.*, II, 19, et la glose : « Bene dicit, *nominatus et habitus*, nam sola nominatio non facit filium. » Ce dernier texte montre combien un pareil système était fécond en difficultés.

2. [Voir Pitzorno, *La legittimazione nella storia delle istituzioni familiari del medio evo*, Sassari, 1904, et R. Génestal, *La légitimation des enfants naturels en droit canonique*, Bibl. de l'Ecole des hautes études (sciences religieuses), t. XXVIII, 1905, deuxième partie : *La légitimation ad temporalia*. Les intéressants travaux de M. Kogler (*Beiträge zur Geschichte der Rezeption und der Symbolik der Legitimation per subsequens matrimonium*, Zeitsch. der Savigny Stiftung, Germ. Abt., 1904 et 1906) étudient l'institution plutôt dans le droit séculier que dans le droit canonique, auquel celui-ci l'a empruntée.]

3. Gofredus, *Summa*, p. 188; Hostiensis, *Summa*, p. 381 ^{re}.

La légitimation par mariage subséquent avait été introduite par Constantin, puis admise par Zénon ¹. Mais ce n'avaient été là que des mesures extraordinaires et temporaires ayant pour but de pousser, à un moment donné, les concubins au mariage, en leur permettant de légitimer les enfants nés du *concubinatus*. C'est seulement sous Justinien qu'elle entra à titre permanent et définitif dans le droit romain ². Il faut le rappeler, elle ne s'appliquait qu'aux *liberi naturales*, nés dans un concubinat proprement dit ³...

[La législation romaine sur la légitimation n'avait jamais cessé, bien entendu, d'être connue en Occident, ne fût-ce que par les Nouvelles de Julien. Mais ce n'était point du droit appliqué. Sinon comment l'Église aurait-elle pu admettre que les relations charnelles antérieures au mariage constituent un empêchement, ce qu'Yves de Chartres considère encore comme certain, au moins dans la rigueur du droit ⁴? Gratien ne parle pas de la légitimation, mais quelques-uns de ses premiers commentateurs la mentionnent, en se référant d'ailleurs uniquement au droit romain. La question telle qu'elle se posait alors à la pratique et à la jurisprudence était de savoir si la législation romaine était sur ce point toujours en vigueur, si elle était reçue dans le droit de l'Église. C'est la question que pose au pape Alexandre III un évêque anglais

1. L. 5, C. *De nat. lib.*, V, 27.

2. L. 10, C. *De nat. lib.*, V, 27. [La législation des empereurs chrétiens a beaucoup hésité devant le problème de la légitimation. La mesure prise par Constantin est une disposition transitoire de la loi qui prive les enfants naturels du droit de succéder à leurs parents. Avec Zénon qui renouvelle la mesure transitoire de Constantin, avec Anastase (l. 6, C., V, 27) surtout, qui en fait une disposition durable, apparaît un esprit plus favorable aux enfants naturels. Mais sous l'influence chrétienne Justin abroge la constitution d'Anastase (l. 7, C., *h. t.*). C'est Justinien qui introduira définitivement la légitimation par mariage subséquent. Génestal, *op. cit.*, p. 111 à 117.]

3. [En sens contraire, Génestal, *op. cit.*, p. 124 à 133.]

4. [Yves de Chartres, *Ep. XVI*; Génestal, *op. cit.*, p. 140 et s.]

et à laquelle le pape répond affirmativement ¹. Mais par la suite le droit canonique devait, en accueillant l'institution romaine, la transformer et surtout la préciser.]

1° Il en étendit la portée, en l'appliquant aux *spurii* dont la filiation paternelle était prouvée, aussi bien qu'aux enfants naturels *stricto sensu*, à tous les enfants, en un mot, nés en dehors du mariage *ex soluto et soluta*. Cette extension était logique et forcée, car l'Église, après l'avoir toléré d'abord, fit une guerre acharnée au concubinat du droit romain. Celui-ci n'eut plus pour elle la valeur d'une condition légale, analogue au mariage quoique inférieure en dignité; ce ne fut plus qu'un état continu de fornication. La même transformation se produisit d'ailleurs en Orient ²; mais, pour logique qu'elle fût, elle ne se fit pas recevoir sans difficulté parmi les canonistes, tant était forte sur leur esprit l'influence du droit romain ³. Cette doctrine large et nouvelle finit par prévaloir ⁴.

1. [C. *Tanta vis*, 6, X, 8^e xviii. En même temps d'ailleurs que se produisait cette évolution en droit canonique, la légitimation commençait à s'introduire dans la pratique sous l'influence directe du droit romain et en combinant avec une très ancienne forme d'adoption germanique, l'adoption sous le manteau, le rituel antique de la *velatio nuptialis*. Les enfants étaient mis sous le poêle lors de la bénédiction nuptiale. On a la preuve de cette pratique à une date antérieure au pontificat d'Alexandre III (Guillaume de Jumièges, VIII, xxxvi, addition de Robert de Torigny, avant 1150, éd. Marx, *Soc. Hist. Normandie*, p. 322). Voir Génestal, *op. cit.*, p. 147 et 148 et les articles de Kogler cités ci-dessus, p. 40, n. 2.]

2. Zhishman, *op. cit.*, p. 724.

3. Gofredus, *Summa*, p. 188 : « Octo modis legitimantur filii naturales, Primo, si qui concubinam suam duxerit in uxorem, legitimatur filius naturalis non spurius. »

4. C. xx, X, *De elect.*, 1, 6 (Il s'agit d'une personne ainsi légitimée dont la mère et le père n'avaient eu, avant leur mariage, que des relations très fugitives) : « Quam nunquam pater ejus habuerat uxorem sed matris ejus virginitatem præripuit quasi furtim. » — Hostiensis, *Summa*, p. 384 : « Vere autem legitimantur naturales quando pater cum matre eorum contrahit... et licet distinguat (lex) utrum concubina fuerit vel libera... nos tamen dicimus priores legitimari. » — Panormit., sur c. vi, X, *Qui filii*, n° 12 : « Quæro

Une seule restriction était apportée quant aux enfants qui pouvaient bénéficier de la légitimation par mariage subséquent. Celle-ci était inadmissible lorsque, à l'époque de la naissance de l'enfant, le mariage eût été impossible entre le père et la mère. Cela excluait la légitimation des enfants adultérins¹ et incestueux et de bien d'autres encore; on justifiait la règle en ramenant cette légitimation à une véritable fiction de droit, qui faisait rétroagir les effets du mariage au jour de la naissance des enfants naturels. Cette idée, dont le germe se trouvait déjà dans la loi romaine², est très nettement formulée par Gofredus³, Johannes Andreæ et Panormitanus⁴; on l'exprimait par cette maxime : *Matrimonium*

numquid nati ante matrimonium indistincte efficiantur legitimi post contractum matrimonii, Jo(annes) An(dreæ) in quadam apostilla videtur ponere regulam quod, ex quocumque coitu nati sint, dummodo potuerit esse uxor ejus si consensus afflisset, legitimantur per sequens matrimonium... Adverte diligenter, nam ex primo dicto Jo(annis) An(dreæ) sequitur quod nati ex soluta indistincte efficiantur legitimi, quanquam inter eos non esset concubinitus. Contrarium reperio apte tenere Bar(tolum) in l. In concubinitu, ff. *De concub.*, ubi dicit per sequens matrimonium solum legitimari natos ex concubina retenta in domo, et credo quod verum dixit inspecto jure civili. In contrarium allego glossam ordinariam in c. xx, X, *De elect.*, quam tenet ibi Jo(annes) An(dreæ) et Gofredum in *Summa, De filius presbyt.*, et compostel (lanum in c. xx, X, *De elect.*), et placet mihi hæc opinio, inspecta mente canonum. Nam ista littera non fundat se super concubinitu sed indistincte propter potentiam matrimonii legitimat ante natos vel genitos, nec debemus advertere ad concubinitum, quia concubinitus est expresse damnatus jure canonico (c. iv, C. XXXII, qu. 4). Et ex contraria opinione sequeretur quod magis faveretur peccato diuturno et continuo quam momentaneo. Sed jus civile tempore suo bonam habuit considerationem, qui concubinitus cum (non) esset damnatus, ideo ex illo genitos voluit legitimare; sed cum jus canonicum magis reprobat concubinitum quam fornicationem simplicem, fortius debent legitimari nati sine concubinitu quam in concubinitu ». [Voir Génestal, *op. cit.*, p. 152 et s.]

1. C. vi, *Qui filii*, IV, 7.

2. L. 10, C., *De nat. lib.*, V, 27.

3. *Summa*, p. 35, 36.

4. Panormit., sur c. vi, X, IV, 17, n° 2 : « Sic propter bonum matrimonii, quod est favorable, fingitur matrimonium a principio fuisse contractum. »

sequens omnia præcedentia purgat et ille tanquam legitimus est habendus ¹. C'est par elle qu'on arrivait à décider, non sans se permettre parfois quelque inconséquence, que l'enfant légitimé, *jure canonico*, avait tous les droits de l'enfant légitime ². Elle expliquait très bien comment la légitimation ne se produisait pas, lorsque le mariage avait été impossible en droit lors de la naissance de l'enfant, car c'était la conséquence d'un principe général sur la manière dont opéraient les fictions. On tenait, en effet, que, pour qu'une fiction pût faire rétroagir un acte de droit, il fallait que cet acte eût été possible à deux moments : au moment où il se produisait réellement et au moment où on le supposait déjà fictivement accompli ³. Cela conduisait aussi à exclure la légitimation, lorsqu'au jour de la naissance il existait un empêchement dirimant, que, postérieurement, une dispense avait fait disparaître, rendant ainsi le mariage possible entre le père et la mère de l'enfant ⁴; cependant, sur ce dernier point, les docteurs n'étaient pas très fermes. Tous les canonistes, d'ailleurs, n'adoptaient pas cette manière de voir. Quelques-uns déclaraient qu'il suffisait que l'empêchement, existant au

1. Glose sur c. xx, X, *De elect.*, I, 6.

2. Panormit., sur c. vi, X, IV, 17, nos 4 et s.

3. Panormit., sur c. vi, X, *Qui filii*, n° 14 : « Quia matrimonium in hoc casu non potest retrahi ad tempus nativitatis, nam ad hoc ut fictio operetur vim suam, oportet quod habeat extrema habilia, scilicet tempus ad quod et tempus a quo (ut notatur in l. Si is qui pro emptore, ff. *De usuc.*). Conclude ergo quod ubi coitus non poterat esse uxorius, obstante aliquo impedimento non revocabili sine dispensatione Ecclesiæ, non legitimantur filii per subsequens matrimonium, et sic intellige istum textum; nam ea ratio quæ est in existentia matrimonii procedit in quolibet alio impedimento perpetuo. » — Gonzalez Tellez, sur c. i, X, IV, 17, n° 12 : « Cum hæc legitimatio procedat mediante fictione et retractione ipsius matrimonii, necessarium est quod detur habilitas extremorum. »

4. Panormit., *loc. cit.* : « Idem dicit Vincen(tius) in natis ex coitu incestuoso; licet postmodum contrahat matrimonium per dispensationem Ecclesiæ, non tamen filii antea geniti legitimantur, quia tunc non poterat esse matrimonium, obstante impedimento consanguinitatis vel affinitatis, nisi aliud dicatur in dispensatione. »

moment de la naissance, eût disparu lors du mariage postérieurement contracté entre le père et la mère, pour que la légitimation se produisît : ils n'admettaient qu'une exception à cette règle en vertu d'un texte formel¹, celle qui excluait la légitimation des enfants adultérins; ils se refusaient à étendre cette exception à d'autres hypothèses².

On admettait, d'ailleurs, une solution contradictoire, au moins en apparence, avec la rétroactivité du mariage. L'existence d'un mariage contracté par l'un des parents avec un tiers, intermédiaire entre la naissance des enfants et le mariage du père et de la mère, n'empêchait pas la légitimation de se produire³. Mais il faut remarquer que cela était conforme aux principes admis quant à l'opération des fictions juridiques emportant rétroactivité : pour qu'elles produisent leur effet, il était nécessaire mais suffisant que l'acte fût possible aux deux points extrêmes : *Oportet extrema esse habilia, interregna non nocent*.

2° Pour qu'il y eût légitimation par mariage subséquent, le droit romain exigeait encore deux choses : qu'il fût dressé des *tabulæ dotales*, et que la concubine, lors de la naissance des enfants, eût été une personne libre. Le droit canonique supprima cette double exigence⁴.

1. C. VI, X, *Qui filii*, IV, 17.

2. Panormit., sur c. VI, X, *Qui filii*, n° 14 : « Ad id quod dixi de nato ex Saraceno (Saracenus habuit filium ex christiana et postea fit christianus et cum illa contrahit) Gaspar(dus) de Cal(derinis) tenet hic contrarium, dicens quod cum iste textus non excipiat nisi unum casum, non debemus impedire legitimationem in casu prædicto, nam poterat esse matrimonium si ille effectus esset christianus, unde satis est quod non suberat impedimentum perpetuum. »

3. Gofredus, *Summa*, p. 36; Panormit., sur c. VI, X, *Qui filii*, n° 3 : « Nota ibi quod jus istud non requirit ut nullum matrimonium sit intermedium, scilicet inter nativitatem filiorum et contractum matrimonium cum illa muliere. Et ex hoc inferitur quod si habens filios ex concubina contrahat cum alia muliere, et, ea mortua, contrahat cum concubina, quod filii legitimantur, non obstante matrimonio intermedio, et ita decidit Jo(annes) An(dreæ).

4. Panormit., sur c. VI, X, *Qui filii*, n° 2 : « Ex hac littera inferitur ad

3° Le mariage opérait de plein droit, par sa seule force et puissance, la légitimation des enfants procréés antérieurement par le mari et par la femme ¹. Pour cela, aucune manifestation de volonté n'était nécessaire : il suffisait que la filiation paternelle et maternelle des enfants pût être établie. Sans doute, pour faciliter cette preuve et écarter toute difficulté, la coutume populaire eut soin de faire figurer les enfants à la cérémonie même du mariage qui les légitimait, en traduisant par quelque symbole le lien qui les rattachait à leurs parents ². Mais, *jure canonico*, aucune reconnaissance n'était alors nécessaire de la part du père et de la mère. Bien plus, le mariage étant contracté entre eux, la légitimation des enfants n'aurait pas pu être écartée par un acte de leur volonté.

Par une conséquence logique, le consentement des enfants

quæstionem numquid indistincte per subsequens matrimonium legitimentur antea geniti. Et videtur quod non ; quia jura civilia requirunt quod matrimonium contrahatur cum instrumento dotali, unde secundum leges, ubi non intervenit instrumentum dotale non sufficit matrimonium ad legitimisationem filiorum antea genitorum, et ita expresse sentit Bal(dus). Sed canonistæ moderni communiter tenent oppositum, ut per Gaspar dum) de Cal (derinis) et dominum Antonium, et ita pluries in facto respondi sequendo hanc opinionem, pro qua aperte facit iste textus, qui fundat se super potentia et virtute matrimonii, ad cujus esse non requiritur instrumentum dotale, et sic legistæ in practica communiter sequuntur hoc dictum. » Hostiensis, *Summa*, p. 384 : « Licet distinguat (lex) utrum concubina fuerit serva vel libera, quia, si serva et manumittatur, non efficiuntur legitimi nisi nati post matrimonium, si tamen exstant legitimi ex alia uxore suscepti, nos tamen dicimus etiam priores legitimari. Nam idem dico etiamsi serva sit. Quamvis enim filii ex ancilla suscepti non sunt legitimi quoad successiones vel alios actus civiles, tamen sunt legitimi, id est de legitimo coitu nati, et inter tales est matrimonium secundum nos. »

1. C. vi, X, *Qui filii*, IV, 17 : « Tanta est vis matrimonii, ut qui antea sunt geniti, post contractum matrimonium legitimi habeantur. »

2. [C'est ainsi qu'en France on les mettait *sous le poêle* : Loisel, *Institutes coutumières*, livre I, tit I, règle 40 : « Enfants nés avant le mariage, mis sous le poêle, sont légitimés. » Et les notes de Laurière. Voir Kogler, *op. cit.* et L. Gougaud, *La légitimation des enfants* sub pallio *d'après les anciens rituels*, Tijdschrift for Rechtsgeschiedenis, VII, p. 53 et s.]

n'était pas non plus nécessaire, et leur refus ne pouvait pas empêcher la légitimation de s'accomplir à leur profit. La législation de Justinien avait cependant subordonné toute légitimation à ce consentement¹ et quelques canonistes s'en tenaient à cette décision; mais la doctrine dominante se fixa en sens contraire². De la même idée on déduisait aussi que le mariage subséquent légitimait les enfants prédécédés³, ce qui profitait aux petits-fils encore vivants.

Un mariage putatif, comme un mariage valable, opérait la légitimation des enfants naturels⁴.

1. Nov. 89, c. xi : « Generaliter autem in omnibus qui per predictos modos deducuntur ad legitimum jus, tunc hoc volumus obtinere, dum hoc filii ratum habuerint. »

2. Gonzalez Tellez, sur c. i, X, IV, 17, n° 14 : « Sciendum est dubium esse utrum ad hanc filiorum legitimacionem eorum consensus desideretur. Et affirmativam sententiam tenuerunt plures... moti auctoritate textus in dicta authentica. Sed contrarium verius est, videlicet legitimacionem hanc adeo ex vi et effectu matrimonii provenire ut etiam reclamantes filii per subsequens matrimonium legitimentur. Et probatur quia effectus a jure ipso inductus non potest per voluntatem filiorum impediri. »

3. Gonzalez Tellez, sur c. vi, X, IV, 17, note c : « Nec tantum filii naturales legitimantur per subsequens matrimonium verum et nepotes ex filio naturali prædefuncto suscepti ex legitimoque matrimonio procreati (Baldus in xx, X, *De elect.*, n° 11; Covarruvias, *De matrim.*, par. II, c. viii, § 2, n° 19). Nam hæc legitimatio inducta est favore matrimonii, mediante retractione, et sic virtute ipsius matrimonii non vero ex transmissione patris ad filium, et per consequens non est necessarium quod filius decedat legitimus, ad hoc ut per subsequens avi matrimonium legitimentur. »

4. [M. Cesare Arias (*Il matrimonio contratto dall' impotente per legittimare i figli noti prima che se verificassero le cause dell' impotenza*, Archivio giuridico, 1926, p. 158 à 208) pose la question de l'effet légitimant du mariage de l'impuissant, question dont les canonistes classiques ne se sont pas occupés, mais qui d'après les principes doit se résoudre par la négative.]

CHAPITRE II

Le divorce et la séparation des époux.

L'évolution de la législation ecclésiastique sur le divorce. — I. Les textes évangéliques et apostoliques; l'interprétation des Pères de l'Église. — II. La législation ancienne des conciles. — III. Les *libri poenitentiales* et les capitulaires des rois francs. — IV. L'indissolubilité absolue; Hincmar de Reims; Yves de Chartres. — V. La doctrine de Gratien et de Pierre Lombard. — VI. Les décrétales du XII^e siècle; les dernières traces du divorce. — VII. La nouvelle conception du *divortium*. — VIII. Le *divortium quoad torum* : son caractère, ses causes. — IX. Les effets du *divortium quoad torum*.

L'un des traits caractéristiques du mariage en droit canonique, c'est l'indissolubilité du lien conjugal. Dès la première partie de ce travail, j'ai dégagé le principe et j'ai indiqué comment on le justifie¹. J'ai montré ensuite à partir de quel moment un mariage devient véritablement indissoluble, et quelles exceptions au principe se sont maintenues définitivement dans le droit canonique². Mais cette exposition supposait la règle fondamentale établie; elle supposait que l'Église a éliminé le divorce de sa législation. Or ce travail d'élimination a été très lent; pendant des siècles l'Église a dû transiger avec le divorce, comme je l'ai déjà constaté en faisant l'histoire de plusieurs empêchements dirimants. Il faut maintenant reprendre cette évolution dans son ensemble, pour en saisir exactement le sens et la portée³.

1. Ci dessus, t. I, p. 68 et s.

2. Ci-dessus, t. I, p. 43 et s.

3. [Sur l'histoire du divorce, voir Fabrner, *Geschichte der Ehescheidung im Kirchenrechte*, 1903.]

L'Église eut à compter, dès le début, et pendant des siècles, avec des législations qui admettaient largement le divorce et, d'une façon plus générale, la dissolution du mariage du vivant même des époux. Le droit romain du Haut-Empire connaissait, en dehors de la mort, deux causes de dissolution du mariage, le divorce et la réduction en esclavage de l'un des époux¹. Il admettait le divorce, dans la plus large mesure, au profit de la femme aussi bien que du mari. Jamais, pour le prononcer, l'intervention du juge n'était exigée; à peine était-il nécessaire d'observer certaines formes, destinées à en assurer le sérieux et à en fournir la preuve. Non seulement le divorce était toujours possible par le consentement mutuel des époux, mais encore la répudiation unilatérale était toujours efficace, à peine frappée de quelques peines civiles lorsqu'elle avait été imprudente et peu justifiée. Les lois des empereurs chrétiens réagirent contre ce divorce effréné, mais dans une mesure restreinte. Laissant, sauf une restriction temporaire², le divorce par consentement mutuel se produire en pleine liberté, elles limitèrent la répudiation licite à certaines causes déterminées, plus nombreuses au profit du mari que de la femme. Même, lorsqu'elle intervenait en dehors de ces causes, elles lui maintenaient son efficacité quant à la dissolution du mariage; mais elles punissaient alors de peines sévères l'époux de qui elle émanait, parfois le rendant incapable de contracter un nouveau mariage³. La réduction en esclavage resta aussi une cause de dissolution du mariage; Justinien seulement, lorsque l'un des époux tombait en captivité, exigea que son conjoint attendît pendant cinq ans avant de contracter une nouvelle union⁴.

Si nous tournons les yeux vers l'autre système juridique,

1. L. 1, D., *De divort.*, XXIV, 2 : « Dirimitur matrimonium divortio, morte, captivitate vel alia contingente utrius servitute. » L. 9, D., *ibid.*

2. Nov., 117, c. x, abrogée par la *Novelle* 140 de Justin en 556.

3. Ci-dessus, t. 1, p. 5.

4. Nov. 21, c. VII.

avec lequel l'Église se trouva encore principalement en contact, c'est-à-dire celui des coutumes germaniques, nous y trouvons aussi le divorce largement ouvert, mais au profit du mari seulement. Présentant à cet égard une ressemblance marquée avec la première loi qu'avait connue le christianisme naissant, c'est-à-dire la loi juive, la coutume germanique autorisait le mari à répudier sa femme, librement et sans cause justifiée : tout au plus, dans ce dernier cas, devait-il une composition aux parents, sous le *mundium* et à la charge desquels retombait la femme répudiée¹. Là, aussi, la captivité d'un des époux dissolvait le mariage, dans un milieu où les razzias étaient fréquentes. Les réformes des rois chrétiens modifièrent quelque peu ce droit, mais ce fut plutôt pour ouvrir à la femme, dans certains cas, le droit de divorcer que pour l'enlever au mari². La pratique du divorce par consentement mutuel paraît en même temps avoir passé des Romains aux hommes de race barbare.

Pendant des siècles, l'Église se trouva en face de ces lois séculières. Pour combattre le divorce qu'elles admettaient, pour en paralyser les effets, elle n'avait, nous le savons, qu'une juridiction disciplinaire sur les chrétiens : elle ne pouvait annuler les mariages contractés par des personnes divorcées et contrairement à ses principes ; elle ne pouvait que frapper les contrevenants de peines spirituelles ou disciplinaires. Dans ces conditions, elle fut amenée forcément à pratiquer une assez large tolérance, à admettre dans une certaine mesure des divorces qu'elle condamnait en principe. Mais elle tint la main, avec une grande rigueur, à ce que les divorces, exceptionnellement tolérés, fussent toujours soumis à l'examen de l'autorité ecclésiastique.

Il faut ajouter que, même dans son sein, l'Église, jusqu'au concile de Trente, mais surtout dans les temps anciens, voyait

1. Löning, *Geschichte des deutschen Kirchenrechts*, II, p. 617 et s. [Geffekem, *Zur Geschichte der Ehescheidung vor Gratian*, 1894, p. 34.]

2. Löning, *op. cit.*, p. 622 et s.

professer une opinion d'après laquelle le divorce était admis par l'Évangile, au moins dans un cas, c'est-à-dire en cas d'adultère. Cependant, on peut affirmer que, dès qu'elle eut la législation et la juridiction exclusive sur le mariage, elle appliqua rigoureusement le principe d'indissolubilité.

Pour présenter avec quelque clarté cette évolution, j'examinerai d'abord la période pendant laquelle l'Église n'a pas encore la juridiction proprement dite, et j'étudierai successivement : 1° la doctrine ecclésiastique sur le divorce, représentée par les textes de l'Écriture et par les Pères de l'Église ; 2° la législation et la pratique ecclésiastiques, représentées par les conciles, les décisions des papes, les *libri pœnitentiales* et les capitulaires ecclésiastiques des rois francs¹. J'examinerai ensuite le droit canonique formé et arrêté, dans la période où l'Église a acquis le plein pouvoir sur le mariage.

1

L'esprit chrétien, dès les premiers jours, réagit contre le divorce tel que l'admettait la loi juive ; et les passages des Évangiles et de saint Paul, où la question est abordée, sont la base même de la doctrine de l'Église². Ces textes, dans leur

1. Sur ce sujet on consultera avec fruit, Perrone, *De matrimonio christiano*, Romæ, 1858, t. III, p. 113 et s.

2. Ce sont les textes suivants :

A. *Math.*, v, 31, 32 : « Dictum est autem : Quicumque dimiserit uxorem suam det ei libellum repudii. Ego autem dico vobis : Quia omnis qui dimiserit uxorem suam, excepta fornicationis causa, facit eam mœcham, et qui dimissam duxerit adulterat. » — *Math.*, xix, 7-9 : « Dicunt illi : Quid ergo Moyses mandavit dare libellum repudii et dimittere ? At illis : Quoniam Moyses ad duritiam cordis vestri permisit vobis dimittere uxores vestras ; ab initio autem non fuit sic. Dico autem vobis, quia quicumque dimiserit uxorem suam, nisi ob fornicationem et aliam duxerit, mœchatur. » — *Marc.*, x, 11, 12 : « Et ait illis : Quicumque dimiserit uxorem suam et aliam duxerit, adulterium committit super eam. Et si uxor dimiserit virum suum et alii nupserit, mœchatur. » — *Luc.*, xvi, 18 : « Omnis qui dimittit uxorem suam et alteram ducit mœchatur ; et qui dimissam a viro ducit mœchatur. »

B. Saint Paul, *ad Rom.*, vii, 1-3 : « An ignoretis fratres (scientibus enim

ensemble, donnent bien l'impression d'une prohibition générale et absolue du divorce. Seul, l'Évangile selon saint Mathieu paraît faire une exception bien nette, en permettant au mari de répudier la femme adultère¹. Quel sens donna-t-on à ces textes? L'opinion dominante, l'opinion commune, les entendit sans doute dès le début comme interdisant absolument un nouveau mariage de la part d'un des époux tant que l'autre

legem loquor) quia lex in homine dominatur quanto tempore vivit. Namque sub viro est mulier, vivente viro alligata est legi; si autem mortuus fuerit vir ejus, liberata est a lege viri. Igitur vivente viro vocabitur adultera si fuerit cum alio viro; si autem mortuus fuerit vir ejus, liberata est a lege viri ut non sit adultera si fuerit cum alio viro. » — *I Corinth.*, VII, 10-11, 39 : « Iis autem qui matrimonio juncti sunt præcipio, non ego sed Dominus, uxorem a viro non discedere. Quod si discesserit manere innuptam aut viro suo reconciliari. Et vir uxorem non dimittat. Mulier alligata est legi quanto tempore vir ejus vivit; quod si dormierit vir ejus, liberata est; cui vult, nubat, tantum in Domino. »

1. [Les explications les plus ingénieuses ont été présentées pour donner au texte de Mathieu un sens conforme à la doctrine postérieure de l'Église. Döllinger (*Christentum und Kische*, 1868, p. 237) avait proposé d'entendre cette fornication de la femme de l'inconduite de la femme avant le mariage, laquelle est un adultère suivant la loi de Moïse. On traduirait donc : « celui qui répudie et se remarie est adultère, sauf celui qui répudié pour adultère antérieur au mariage ». Mais cette traduction est inadmissible, comme le montre bien le P. Lagrange. Ce n'est pas là le sens ordinaire du mot *πορνεία* et d'ailleurs il s'agit bien dans tout le contexte du mariage et dans les versets précédents du *libellus repudii*, dont il ne serait pas question dans l'hypothèse de Döllinger. Ott (ouvrage cité ci-dessous, p. 53, n. 1) épilogue sur le sens du mot *παρετός* qui pourrait avoir un sens inclusif aussi bien qu'exclusif et s'entendre « de même en cas d'adultère » aussi bien que « hors le cas d'adultère ». Mais c'est là une traduction de fantaisie et non de l'exégèse objective, comme le dit encore le P. Lagrange, qui, de son côté (*Évangile de saint Mathieu*, 1923, p. 104), préfère admettre qu'il y a eu là, de la part de l'évangéliste, une simple maladresse de style. Jésus ne s'occupe pas de l'hypothèse d'un nouveau mariage après répudiation pour cause d'adultère. Il permet la répudiation pour adultère, il condamne la répudiation pour toute autre cause et interdit le nouveau mariage. Mais il ne songe nullement au mariage que pourrait conclure, du vivant de son conjoint, soit la femme adultère, soit le mari qui l'a répudiée. En effet l'hypothèse ne présente aucun intérêt pratique, à cause de la peine de mort dont la femme adultère était frappée.]

conjoint était en vie ¹. Cependant, à côté de cette doctrine commune, s'en produisait une autre divergente qui admettait, par interprétation de l'Évangile selon saint Mathieu, le divorce pour cause d'adultère. Ceux qui la professaient tantôt s'exprimaient en termes généraux paraissant admettre cette cause de divorce au profit de la femme comme au profit du mari, tantôt, suivant peut-être une idée inspirée par la loi juive, ils permettaient seulement au mari de répudier la femme adultère ².

Au premier rang de ceux qui professaient cette doctrine on doit placer Tertullien. Un passage de son traité *adversus Marcionem* ne peut avoir aucun doute ³. Mais il paraît avoir appliqué

1. Voyez la revue des opinions des Pères de l'Église, depuis le pasteur d'Hermas jusqu'à saint Augustin, dans Perrone, *op. cit.*, t. III, p. 243 et s., et Freisen, *op. cit.*, p. 770 et s. Et plus récemment dans Max Brenner, *Die Ehescheidung in neuen Testamente. Die Auslegung der neutestamentlichen Schrifttexte über die Ehescheidung bei den Vätern*, Diss. théol. Wurzburg, 1910; et Ott, *Die Auslegung der neutestamentlichen Texte über die Ehescheidung*. Neutestamentliche Abhandlungen, III, Münster, 1911.]

2. [Le texte le plus ancien sur la question est celui du *Pasteur d'Hermas* (II, 4, 1. Funk, *Patres Apostolici*, I, p. 474; si le mari doit renvoyer la femme adultère, il doit aussi la reprendre quand elle a fait pénitence, mais une fois seulement, car la pénitence n'est permise qu'une fois aux serviteurs de Dieu. A cause de cette pénitence il ne faut pas que l'homme se remarie. On peut logiquement conclure de là que, si la femme se rend à nouveau coupable d'adultère, le mari pourra cette fois se remarier, après l'avoir répudiée. En ce sens, Geffcken, *op. cit.*, p. 13, n. 1. Fahrner se refuse au contraire à cette dernière conclusion parce qu'elle mettrait, dit-il, le Pasteur en contradiction avec Paul et les synoptiques (*op. cit.*, p. 18).]

3. Lib. IV, c. xxxiv (édit. Oehler, II, p. 248): « Dico enim illum Christum) condicionaliter fecisse divortii prohibitionem, si ideo quis dimittat uxorem et aliam ducat... Etiam non contrarium Moysi docet, ejus præceptum alicubi conservat, nondum dico, confirmat. Certe quid facit apud te maritus si uxor ejus commiserit adulterium? Habebitne illam? Scilicet nec tuum apostolum sinere conjugii prostituta membra Christi. Habet itaque et Christum assertorem justitiae divortii. Jam hinc confirmatur ab illo Moyses ex eodem titulo prohibens (?) repudium quo et Christus, si inventum fuerit in muliere negotium impudicum. Nam et in Evangelio Mathæi, qui dimiserit uxorem suam præter causam adulterii facit eam adulterari: æque adul-

à la lettre le texte de saint Mathieu, ne permettant qu'au mari de répudier la femme adultère et de se remarier, tandis qu'un nouveau mariage était interdit à celle-ci ¹. Origène paraît n'avoir aucun doute sur le droit du mari, et se demander seulement si le divorce avait lieu pour d'autres causes que l'adultère de la femme ². Lactance professe deux fois la même doctrine ³. Saint Grégoire de Nazianze, comparant la loi civile sur

ter censetur et ille qui dimissam a viro duxerit. Cæterum, præter ex causa adulterii, non Creator disjungit quod ipse scilicet conjunxit. » Pothier entendait ce texte comme admettant bien le divorce proprement dit : *Traité du mariage*, n° 489.

1. Cela permet d'expliquer certains autres passages de Tertullien, dans lesquels on pourrait voir la doctrine de l'indissolubilité absolue; cf. Perrone, *op. cit.*, p. 253, 256. Il faut remarquer d'ailleurs que si, dans certains de ses ouvrages, Tertullien repousse toute possibilité de nouveau mariage après adultère, il la repousse alors aussi bien après la mort du premier conjoint : *De monogamia*, c. 9.

2. In *Matthæum*, c. XIV : « Tum vero deinde Salvator noster haud quam connubii solvendi propter ullum aliud flagitium facultatem concedens, quam solam fornicationem in uxore deprehensam sic ait : Omnis qui dimiserit uxorem suam, excepta fornicationis causa, facit eam mœchari. Quæri autem potest an uxorem repudiare non liceat nisi in adulterio deprehensa sit, verbi gratia propter veneficium, vel quod infantem ab utroque genitum, viro peregre profecto, interfecerit vel ob aliam quamlibet cædem ; quin et si adulterii quidem insons viri domum clam diripuisse et expilasse animadversa sit, rogaverit aliquis an hujusmodi uxorem ex æquo et bono repudiabit. » — Ce texte, comme la plupart des suivants, est reproduit dans l'ouvrage de Perrone, t. III, p. 268. [Même à la femme un nouveau mariage peut être permis. Sans doute dans la rigueur du droit le mariage est indissoluble, mais l'évêque peut certainement autoriser un mariage après répudiation. « Ἡδὴ δὲ παρὰ γεγραμμένα καὶ τινες τῶν ἡγουμένων τῆς Ἐκκλησίας ἐπετρεψάν τινα, ὥστε ζῶντος τοῦ ἀνδρὸς, γαμεῖσθαι γυναῖκα, παρὰ τὸ γεγραμμένον μὲν ποιοῦντες ἐν ᾧ λέλεκται· Τυνὴ δε ἐφ' ὅσον χρόνον ζῇ ὁ ἀνὴρ αὐτῆς... « οὐ μὴν πάντῃ ἀλόγως· εἰκὸς γὰρ τὴν συμπεριφορὰν ταύτην συγκρίσει χειρόνων ἐπὶ τρέπεσθαι παρὰ τὰ ἀπ' ἀρχῆς, νενομοθετημένα καὶ γεγραμμένα. » *Com. in Matt.*, XIV; P. G., XIII, 1245. Ensuite, recherchant quelle est la différence entre la loi de Moïse et la loi du Christ, il n'en voit pas d'autre que celle-ci : dans l'une le divorce est permis pour toute faute, dans l'autre pour adultère seulement.]

3. *Divin. instit.*, lib. VI, c. xxiii : « Ne quis divina præcepta circum-

le divorce à la loi de l'Évangile, montre clairement que, d'après celle-ci le divorce est permis pour adultère de la femme ¹. A la fin du iv^e siècle, pseudo-Ambroise professe, en cette matière et dans ce sens, une doctrine des plus nettes et dont l'influence devait être notable ² : il est de ceux qui permettent au mari de répudier la femme adultère et d'en prendre une autre, et refusent à la femme le droit équivalent en cas d'adultère du mari. Saint Épiphane, plus large, paraît accorder le droit de se remarier aux deux époux ³. Saint Jean Chrysostome déclare que la femme adultère n'était pas l'épouse légitime de son mari, parce qu'elle a violé la loi même du mariage ⁴. Astérius d'Amasée reconnaît que le

scribere se putet posse, adduntur illa, ut omnis calumnia et occasio fraudis removeatur : adulterum esse qui a marito ejectam duxerit, et eum qui, præter crimen adulterii, uxorem dimiserit ut alteram ducat. » — *Epitome inst. divin. ad Pentad.*, c. LXVI : « Deus præcipit non dimitti uxorem nisi crimine adulterii relictam, ut nunquam conjugalis fœderis vinculum, nisi quod perfidia ruperit, dissolvatur. »

1. *Oratio XXXI*; Perrone, *op. cit.*, t. III, p. 296.

2. *Super I Corinth.*, c. VII = c. XVII, C. XXXII, qu. 7 : « Et virum uxorem non dimittere subauditur autem excepta fornicationis causa. Et ideo non subjecit, dicens sicut de muliere, quod si discesserit, manere sic; quia viro licet ducere uxorem, si dimiserit uxorem peccantem : quia non ita lege constringitur vir sicut mulier; caput enim mulieris vir est ».

3. *Adversus hæreses lib. II* (éd. Paris, 1682, t. I, p. 497), hæres. XXXIX vel LIX, c. IV (P. G., XLI, col. 1024) : « Ο δὲ μὴ δουήσας τῇ μιᾷ ἀρκεσθῆναι τελευτήσας, ἐνεκεν τινος προσάσεως, πορνείας ἢ μοιχείας, ἢ κακῆς αἰτίας χωρισμοῦ γενομένου, συναρθέντα δευτέρᾳ γυναικί, ἢ γυνὴ δευτέρῳ ἀνδρὶ, οὐκ αἰτιᾶται ὁ θεὸς λόγος, οὐδὲ ἀπὸ τῆς Ἐκκλησίας, καὶ τῆς ζωῆς ἀποκρύπτει, ἀλλὰ διαβαστάζει διὰ τὸ ἀσθενές, οὐχ ὥς δύο γυναῖκας ἐπὶ τὸ αὐτὸ ἐχθῆ, εἰ παρούσης τῆς μιᾶς, ἀλλ' ἀπὸ μιᾶς ἀποσχεθεῖς, δευτέρᾳ εἰ τόγχιεν νόμῳ συναρθῆναι, ἵλεεὶ τοῦτον ὁ ἅγιος λόγος, καὶ ἡ ἅγια Θεοῦ Ἐκκλησία μάλιστα εἰ τογχανεὶ ὁ τοιοῦτος τὰ ἄλλα εὐλαθεῖς, καὶ κατὰ νόμον Θεοῦ πολιτευόμενος. Chromatius d'Aquilée (mort en 407) est aussi l'un de ceux qui enseignent le plus clairement que l'adultère de la femme est une cause de rupture du mariage. *Traité sur l'Évangile de Matthieu*, X, P. L., XX, 351.

4. *De libello repudii*, c. III : « Ἡ γὰρ μοιχαλὶς οὐδενός ἐστι γυνὴ· καὶ γὰρ τὰς πρὸς ἐκείνον συνθήκας ἐπάτησε, καὶ πρὸς σὲ μετὰ τῶν προσκόντων νόμων οὐκ ἤλθε. »

mariage se dissout par deux faits, la mort et l'adultère ¹. Théodoret donne cette formule que le Seigneur a permis la dissolution du mariage pour adultère, l'interdisant pour toute autre cause ². Enfin, il est bien difficile de ne pas reconnaître le véritable divorce pour cause d'adultère dans un passage célèbre d'Hilaire de Poitiers ³.

Cette doctrine était assez répandue pour que saint Augustin l'ait prise à partie dans un traité célèbre, *De adulterinis conjugiiis*, adressé à Pollentius, qui la soutenait. On voit là clairement que, comme je l'ai dit, elle se subdivisait en deux thèses distinctes. D'après l'une, strictement calquée sur le texte de l'Évangile selon saint Mathieu, le divorce était permis au mari pour adultère de la femme, mais non à la femme pour adultère du mari. Saint Augustin reproche justement à ceux qui soutiennent cette thèse de violer l'un des grands principes du droit chrétien, l'égalité entre les époux ⁴. D'après l'autre thèse, plus large, le droit des deux époux était égal ⁵, quoique l'on conseillât à la femme qui répudiait

1. *Homilia in Matth.*, xix, 3 (*Biblioth. maxima Patrum*, Lugd., 1677, t. V, p. 818) : « Πείσθητε ὅτι γάμος θανάτῳ μόνῳ καὶ μοιχεύᾳ διακόπτεται. » Perrone, *op. cit.*, III, p. 321.

2. *Hæretic. fab.*, V, c. xxv (édit. Sirmond, IV, 308) : « Οὕτω δὲ (ὁ Κύριος) τοῦ γάμου τὸν νόμον ἐκοάτυνεν, ὅτι καὶ τὸν διαλῦσαι τὸν γάμον δέχα πορνείας βουλόμενον, ἐτέρῳ νόμῳ κωλύει. »

3. *Commentarius in Matthæi Evangelium*, c. iv, n° 22 : « Nam cum lex libertatem dandi repudii ex libelli auctoritate tribuisset, nunc marito fides evangelica non solum voluntatem pacis indixit, verum etiam reatum coactæ in adulterium uxoris imposit; nullam aliam causam desinendi a conjugio præscribens, quam quæ virum prostitutæ uxoris societate pollueret. »

4. *De adult. conj.*, lib. I, c. viii (édit. Vivès, t. XXI, p. 596) : « Sit hoc modo intelligendum est (*Matth.*, ix, 9) ut quicumque causa fornicationis dimiserit et aliam duxerit, non mœchetur, non videtur in hac causa par forma esse mariti et uxoris, quandoquidem mulier, etsi causa fornicationis discesserit a viro et alii nupserit, mœchatur; vir autem, si eadem causa uxorem dimiserit et aliam duxerit, non mœchatur. »

5. *De adult. conj.*, lib. I, c. vi (p. 584) : « Tu vero (Pollentius) dicis, si mulier a viro noa fornicante discesserit, non ei licere alteri nubere propter

son mari adultère de ne point se remarier. Mais ici, les arguments de texte manquant, on invoquait d'autres raisons, dont l'une et assez remarquable. On considérait comme mort l'époux adultère ¹, et cette idée avait même été justifiée, en ce qui concerne la femme, par un raisonnement ingénieux et subtil : la loi mosaïque condamnait à mort la femme adultère ; la loi nouvelle lui faisait grâce de la vie, mais elle devait être cependant considérée comme morte au monde ².

Contre l'une et l'autre de ces thèses, saint Augustin invoque l'autorité des textes évangéliques et apostoliques. Pour écarter le divorce, que paraît permettre exceptionnellement l'Évangile selon saint Mathieu, il insiste sur les formules générales et absolues de la règle d'indissolubilité contenues dans les autres Évangiles et dans les Épîtres de saint Paul ³. En même temps, nous le savons ⁴, il donnait à la théorie de l'indissolubilité une base solide, scientifique en quelque sorte ; il en faisait une conséquence forcée du sacrement de mariage. Il écartait du même coup toutes les causes de divorce ou de dissolution du mariage, autres que la mort, admises par le droit séculier : la maladie, la captivité ou l'absence prolongée ⁵. Il fut, on peut le dire, l'ouvrier qui mit la dernière

præceptum; si autem a fornicante discesserit, non ei expedire nubere propriæ approbrium. »

1. *De adult. conj.*, lib. II, c. II, (p. 617) : « Id quod ait idem apostolus (I Corinth., VII, 39) sic intelligendum existimas, ut si vir fuerit fornicatus pro mortuo reputetur, et uxor pro mortua; et ideo liceat cuilibet illorum, tanquam post mortem, ita post fornicationem conjugis, alteri copulari. »

2. Clément d'Alexandrie, *Stromata*, lib. II, c. XXIII.

3. *De adult. conj.*, lib. I, c. XI (p. 599) : « Ac per hoc quoniam fas non est ut evangelistas, quamvis diversis verbis de una re loquentes, ab uno sensu eademque sententia dissentire dicamus, restat ut Matthæum intelligamus a parte totum significare voluisse, eandem tamen tenuisse sententiam ut dimittens uxorem et alteram ducens, non quidam mœchetur, id est qui præter fornicationem dimiserit, quidam vero non mœchetur, id est qui propter fornicationem dimiserit, sed omnis qui dimittit uxorem suam et ducit alteram mœcheri minime dubitetur. »

4. Ci-dessus, tome I, p. 69.

5. *De adulter. conj.*, lib. II, c. X (p. 624) : « Sed attende quam plura

main à la théorie de l'indissolubilité; on le verra bien dans la suite. Ceux qui l'établiront solidement après lui, Hincmar de Reims par exemple, lui emprunteront la plupart des textes importants dont ils soutiendront leur démonstration. Cependant, saint Augustin lui-même doutait presque de sa propre doctrine, en ce qui concerne l'exclusion du divorce pour cause d'adultère; par deux fois il en a fait l'aveu ¹ : il admettait que l'homme qui répudiait sa femme pour cette cause, et en épousait une autre, ne commettait qu'un péché véniel ².

La doctrine qu'il avait réfutée subsistera encore pendant longtemps. On trouve aux VIII^e et IX^e siècles deux témoignages intéressants à cet égard. L'un est une lettre de Maringoz, évêque de Wurzburg, à Lulle, archevêque de Mayence, dans laquelle il expose ses perplexités sur la question du divorce pour cause d'adultère, devant les textes contraires des Pères ³. L'autre est un passage d'Hincmar de

sunt ubi, si querelas incontinentium velimus admitti, necesse nobis erit adulteria facienda permittere. Quid si enim aliquo diuturno et insanabili morbo corporis teneatur conjux, quo concubitus impeditur? Quid si captivitas vel vis aliqua separet, ita ut sciat vivere maritus uxorem, cujus sibi copula denegatur, cencesne admittenda incontinentium murmura et permittenda adulteria?... Nonne lex Christi incontinentibus displicet, qui uxores litigiosas, imperiosas, fastidiosas et ad reddendum debitum conjugale difficillimas, repudio interposito, abjicere volunt et alteras ducere? »

1. *Retractionem*, lib. II, c. XIX : « Scripsi duos libros de conjugii adulterinis quantum potui secundum Scripturas cupiens solvere difficillimam quæstionem. Quod utrum enodatissime fecerim nescio. Imo vero non me pervenisse ad hujus rei perfectionem sentio. »

2. *De fide et operibus*, c. XIX (Vivès, t. XXI, p. 275) : « Quisquis etiam uxorem in adulterio deprehensam dimiserit et aliam duxerit, non videtur æquandus eis qui, excepta causa adulterii, dimittunt et ducunt; et in ipsis divinis sententiis ita obscurum est utrum et iste, cui quidem sine dubio licet adulteram dimittere, adulter tamen habeatur si alteram duxerit, ut, quantum existimo, venialiter ibi quisque fallatur. »

3. *Mon. Germ., Epist.*, III, p. 420 (a. 755-786) : « Itaque constitutio matrimonii christianorum in jungendo vel separando a patribus tanta diversitate nobis videtur disponi, ut vix una et compar sententia ipsorum nos-

Reims qui montre de son temps l'opinion favorable au divorce, soutenue par certains docteurs ¹.

Pour en finir avec la doctrine des Pères de l'Église, il faut constater qu'à côté des principes rigoureux, affirmés et défendus, leurs écrits nous fournissent de nombreux exemples de la tolérance que montrait l'Église, dans l'application de sa juridiction disciplinaire à ceux des fidèles qui voulaient profiter des lois séculières pour divorcer. Origène montre des évêques accordant à des femmes, du vivant de leur premier mari, l'autorisation de contracter un nouveau mariage ². Saint Basile déclare que le mari abandonné par son épouse est digne de pardon, et que la femme qui alors cohabite avec lui n'est point condamnée ³. Saint Jérôme excuse Fabiola qui

træ pateat parvitati. Videntur namque concorditer Essidorus et Hieronimus (*Comm. in Matth.*, c. XIX; c. II, C. XXXII, qu. 1) non debere adulteram teneri a viro, cui sociata alteri se more meretricis adjungat... Augustinus vero cum sententiam eandem Salvatoris diuturna tractatione ventilasset nihil plane elucederationis certe nostræ omnino teneritudini captabile profert... Beatus vero Leo papa (c. I, C. XXXIV, qu. 1), feminam, capto ab hostibus marito, cogente solitudine inculpabiliter alteri posse copulari, cum desperaretur captus, et, reverso forte priore, separatam a posteriore principali restitui dicens. Ibi notandum videtur quod statim destitutio conjugis nubendi licentiam tribuit; apud Essidorum vero vel Iheronimum proditio fœderis conjugalitatis matrimonium separat. Quid ergo supersit conjugii, quem vel quam solitudo perurguet, si Hisidori vel Hieronimi ac Leonis decretum juste creditur esse tenendum, nisi ut se matrimonio conjungat alterius, me fateor ignorare. »

1. *De nuptiis Stefani* (op., éd. Sirmond, II, p. 665) : « Nos autem hæc his idcirco interponere necessarium duximus, quia quosdam etiam, qui se doctores dicebant, audivimus pertinaci contentione intendere, quasi ex verbis B. Ambrosii et S. Augustini, quæ parum diligenter intenderant, virum non fornicantem et a fornicatore muliere discedentem, aliam illa vivente ducere posse, et quæ causa fornicationis a viro recesserit, non posse reconciliari, illam autem quæ non causa fornicationis sed alia qualibet resserit, aut reconciliari aut innuptam libere permanere. »

2. *In Math*, XIV, p. 267 : « Jam vero contra Scripturæ legem, mulieri, vivente viro nubere quidam Ecclesiæ rectores permiserunt. »

3. *Ep. canon.* (I) *ad Amphilochium*, c. IX; Perrone, op. cit., III, p. 288.

avait répudié son époux et contracté un nouveau mariage ; elle fit, il est vrai, une solennelle pénitence ¹.

II

[Les Pères dont les opinions viennent d'être passées en revue nous ont indiqué leur doctrine exégétique. Peu d'entre eux nous renseignent sur la discipline en vigueur. Origène exceptionnellement nous a seulement laissé pressentir que cette discipline était infiniment plus indulgente et plus souple que l'opinion des docteurs, puisque des évêques permettaient, même aux femmes répudiées, un second mariage. L'étude de la législation ancienne des conciles va confirmer cette impression. Elle] présente, en cette matière, des contradictions apparentes, mais non réelles. Elle a un double caractère. Tantôt, statuant au point de vue des principes, elle proclame fermement l'indissolubilité du lien conjugal ; tantôt, dictant des règles pour la juridiction disciplinaire qu'exerce l'Église, elle admet des tempéraments en faveur de ceux qui usent du divorce permis par les lois civiles. Voici un rapide aperçu de cette législation.

Le concile d'Elvire tenu vers l'an 300² contient les pénitences qui doivent être infligées aux femmes divorcées et remariées. Il distingue divers cas. Celles qui ont abandonné leur mari sans aucun motif ne recevront pas la communion, même à la

1. *Ad Oceanum*, c. III, IV : « Quod secundum sortita matrimonium prius reliquerit, non laudabo conversam nisi prius ream absolvero. Tanta prior maritus vitia habuisse narratur ut ne scortum quidem et vile mancipium ea sustinere posset... Adolescentula erat, viduitatem suam servare non poterat... igitur et Fabiola, quia persuaserat sibi et putabat a se virum jure dimissum, nec Evangelii vigorem noverat, in quo nubendi universa causatio, viventibus viris, feminis amputatur, dum multa diaboli vitat vulnera, unum incauta vulnus accepit. »

2. [Sur la date du concile d'Elvire (Illiberis, près de Grenade) voir Duchesne, *Le concile d'Elvire et les flamines chrétiens*, Mélanges Renier, p. 160-161 ; Hefele, *Hist. des conciles*, trad. Leclercq, I, p. 217.]

fin de leur vie¹. Celle qui s'est séparée d'un mari adultère ne sera admise à la communion, à moins de grave maladie, qu'après la mort de celui-ci². La femme qui épouse sciemment un homme qui a répudié sans cause sa première épouse est privée de la communion, si ce n'est au lit de mort³. Deux choses sont ici dignes de remarque. C'est, d'abord, que le concile ne vise pour les punir que les femmes qui ont, par leur mariage, violé le principe de l'indissolubilité; il n'édicte pas de peine contre les hommes. C'est aussi la différence bien nette établie entre le divorce sans cause et celui qui a une juste cause.

Le concile d'Arles de 314 vise, au contraire, les hommes divorcés. On devra conseiller aux jeunes chrétiens, lorsqu'ils ont surpris leurs femmes en des relations adultères, de ne point se remarier tant qu'elles sont en vie; mais aucune peine n'est prononcée pour le cas où ils ne suivraient pas ce conseil⁴. [Il est vrai qu'un autre canon, longtemps attribué au

1. C. viii (Bruns, II, p. 3) : « Item feminæ quæ, nulla præcedente causa, reliquerint viros suos et aliis se copulaverint, nec in finem accipiant communionem. »

2. C. ix (Bruns, II, p. 3) : « Item femina fidelis, quæ adulterum maritum reliquerit fidelem et alterum ducit, prohibeatur ne ducat; si duxerit, non prius accipiat communionem nisi quem reliquit de sæculo exierit, nisi forte infirmitatis necessitas dare compulerit. »

3. C. x (Bruns, II, p. 3) : « Quod si fuerit fidelis quæ ducitur ab eo qui uxorem inculpatam reliquit, et cum scierit illum habere uxorem, quam sine causa reliquit, placuit in finem hujusmodi dari communionem. »

4. C. x (Bruns, II, p. 108) : « De his qui conjuges suas in adulterio deprehendunt, iidem sunt adolescentes fideles et prohibentur nubere, placet ut in quantum possit concilium eis detur ne, viventibus uxoribus suis licet adulteris, alias accipiant. » Fahrner (*op. cit.*, p. 23, n. 1) insiste sur les mots *prohibentur nubere*, dans lesquels il veut voir une affirmation de principe de l'indissolubilité, même au cas d'adultère. Mais une telle interprétation est, à mon avis, un contresens. Le concile s'occupe des cas de jeunes hommes dont les épouses furent adultères et auxquels *on défend* de se remarier, c'est-à-dire auxquels leurs évêques ont défendu de se remarier. Ce n'est pas le rappel du principe par le concile, c'est la décision d'espèce de certains évêques, décision que le concile n'approuve pas, puisque à la défense il substitue un simple conseil.

même concile, exclut de la communion catholique le mari qui prend une autre femme du vivant de la première¹. Mais il est établi aujourd'hui que ce canon provient d'un autre concile d'Arles postérieur au précédent;] peut-être même doit-on l'entendre comme visant une hypothèse différente de la précédente, le cas, par exemple, où la femme aurait été répudiée sans juste cause. [En tout cas, on observera que les évêques n'édicteut leur interdiction d'un nouveau mariage qu'avec quelque hésitation. On le défendra *autant que possible*. Ce *quantum potest* me paraît laisser encore la porte assez largement ouverte à la dispense.

Vers le même temps, le développement des idées chrétiennes sur les mérites de la continence amenait à envisager une nouvelle cause de rupture du mariage, le divorce *castitatis causa*. Il était même prescrit par certaines sectes extrêmes, qui condamnaient toutes relations sexuelles, même dans le mariage. Par réaction contre cette hérésie, le concile de Gangres, au milieu du iv^e siècle, lança l'anathème contre ceux qui rompent leur union par mépris du mariage et pour garder la continence². Et il fut même défendu aux clercs de renvoyer leurs épouses³.]

Le v^e siècle s'ouvre par une décision déjà citée du concile

1. C. xxiv (Bruns, II, p. 110) : « Placuit ut quantum potest inhibeat viro ne dimissa uxore vivente liceat ut aliam ducat super eam : quicumque autem fecerit, alienus erit a catholica communione. »

2. [Concile de Gangres, c. 14. Dans la version qui était en usage dans l'Église occidentale, le texte dit : « si qua mulier, virum proprium relinquens discedere voluerit, nuptias exsecrata, anathema sit ». Turner, *Ecclesiæ occidentalis, Monumenta juris antiquissima*, II, *Pars altera*, p. 201.]

3. [Can. apost. 5 (6). La piété laïque se mettra ici en opposition avec la loi ecclésiastique et fera admettre cette cause de rupture légitime du mariage par la législation de Justinien (*Novelle XXII*, 5). Il faudra que Grégoire I^{er} condamne expressément la loi civile sur ce point (VI, 47; XI, 30). Et malgré cela ce cas de divorce reparaitra dans les conciles francs et les pénitentiels. Grégoire II doit encore le condamner dans une lettre à un légat de Germanie (*Mon. Germ., Leges*, in-f^o, III, p. 453).]

de Carthage de 407¹, qui énonce la règle de l'indissolubilité absolue, mais reconnaît en même temps l'impuissance de l'Église à la faire respecter tant que la législation civile ne sera pas conforme. C'est aussi la prohibition générale que contient le concile d'Angers de 453². Mais celui de Vannes, en 465, excepte expressément de l'anathème les hommes qui se remarient après avoir répudié leurs femmes pour adultère prouvé³, et la même règle est posée dans un document de date incertaine dit *Synodus sancti Patricii*⁴. Le concile d'Agde de 506 est plus tolérant encore. Il ne frappe d'excommunication que les personnes qui divorcent pour se remarier, sans avoir fait constater préalablement par les évêques de la province les causes de leur divorce⁵. C'était, sans abandon-

1. Ci-dessus, t. I, p. 7, note 4.

2. C. VI, II, p. 138.

3. C. II (Bruns, II, p. 143) : « Eos quoque qui, relictis uxoribus suis, sicut in Evangelio dicitur, excepta causa fornicationis, sine adulterii probatione alias duxerint, statuimus a communione similiter arcendos. » [Fahrner (*op. cit.*, p. 42) voit une opposition entre ces deux conciles, dont l'un représenterait la pure doctrine de l'Église, intransigeante sur le principe d'indissolubilité, l'autre une discipline déjà altérée par le contact des Barbares, mais ces deux assemblées, tenues à si peu de temps l'une de l'autre dans la même province ecclésiastique, ne peuvent pas être opposées l'une à l'autre. D'autre part la province de Tours n'est pas alors une région où dominent politiquement les Barbares. Il y a tout simplement, d'une part, affirmation du principe, de l'autre une exception qui ne contredit pas la règle. Et il n'est guère plus vraisemblable d'admettre, comme le fait le même auteur, que les Wisigoths ariens aient pu avoir une influence sur la discipline codifiée en 506 à Agde par les évêques catholiques.]

4. C. XXVI (Bruns, II, p. 308) : « Item non licet viro dimittere uxorem nisi ob causam fornicationis, ac si dicat ob hanc causam, unde si ducat alteram, velut post mortem prioris, non vetant. »

5. C. XXV (Bruns, II, p. 151) : « Hi vero sæculares qui conjugale consortium culpa graviore dimittunt vel dimiserunt, et, nullas discidii causas probabiliter proponentes, propterea sua matrimonia dimittunt ut aut illicita aut aliena præsumant : si, antequam apud episcopos comprovinciales discidii causas dixerint et prius uxores quam iudicio damnentur abjecerint, a communione Ecclesiæ et sancto populi cætu pro eo quod fidem et conjugia maculant excludantur. »

ner le principe, permettre toutes les transactions nécessaires. Le deuxième concile d'Orléans de 533 exclut la répudiation à raison d'une infirmité postérieure au mariage, mais il semble admettre, dans ce cas, le divorce par consentement mutuel ¹.

Les conciles des VII^e et VIII^e siècles sont animés du même esprit. [Un prétendu] concile de Nantes de 658 défend, il est vrai, au mari qui a répudié sa femme adultère de se remarier tant qu'elle vit ² [mais ses canons ont été fabriqués au IX^e siècle ³]; le concile d'Hereford, en 673, paraît bien donner un simple conseil, lorsqu'il dit que ceux qui répudient leurs femmes doivent s'abstenir d'en prendre d'autres, s'ils veulent agir en vrais chrétiens ⁴. La tolérance du divorce semble également admise par le concile *in Trullo* de 691⁵, si toutefois son canon 87 ne vise pas simplement les peines de l'adultère, en dehors de toute question de divorce; c'est dans ce dernier sens que l'entend l'Église orientale ⁶. Le synode de Soissons de 744 prohibe le divorce, mais il admet certainement une exception en cas d'adultère de la femme ⁷.

1. C. XI (*Mon. Germ., Conc.*, I, p. 63): « Contracta matrimonia, accedente infirmitate nulla voluntates contrarietate solvantur. Quod si qui ex conjugibus fecerint, noverint se communione privandos. » [Ce texte est inspiré de la *Lex romana Wisigothorum*, Paul, II, 20, 4.]

2. Mansi, *Concilia*, XVIII, 169.

3. [Seckel, *Benediktus Levita*, Neues Archiv, 1901, p. 39.]

4. C. X (Bruns, II, p. 310): « Nullus conjugem propriam, nisi ut sanctum Evangelium docet fornicationis causa relinquat: quod si quisquam propriam expulerit conjugem legitimo sibi matrimonio conjunctam, si christianus esse recte voluerit, nulli alteri copuletur, sed ita permaneat aut propriæ reconcilietur conjugum. »

5. C. LXXXVII (Labbe, *Concilia*, t. VI, p. 1180): « Quæ maritum relinquet est adultera, si venerit ad alium... Si ergo præter rationem a marito recessisse visa sit, ille quidem venia dignus est, hæc vero pœna. Sed et qui legitimam sibi datam uxorem relinquit et aliam ducit e Domini sententia est adulterii judicio obnoxius. »

6. Zhishman, *op. cit.*, p. 744.

7. C. IX (Boretius, p. 30): « Nec marito viventem sua muliere alius non accipiat, nec mulier, vivente viro suo, alium accipiat; quia maritus muliere sua non debet dimittere, excepta causa fornicationis deprehensa. » — Cf.

Je laisse de côté les décrets de Verberie et de Compiègne, sur lesquels je reviendrai bientôt, car ils me paraissent contenir un système complet, un *modus vivendi* que le pouvoir séculier cherche à établir sur cette question, de concert avec l'Église.

Mais, à partir de la fin du VIII^e siècle, la tendance à la sévérité se fait jour. Dans le concile de Frioul de 796, on trouve exposée, avec démonstration à l'appui, la doctrine d'après laquelle le mari, après avoir répudié sa femme adultère, ne peut pas contracter un nouveau mariage ¹. Dans le

Perrone, *op. cit.*, t. III, p. 359. [L'interprétation la plus générale de ce texte, que les fautes de déclinaison rendent incertain, est celle que donne Boretius : *nec maritus, vivente sua muliere, aliam non accipiat*. On peut toutefois, en se basant surtout sur la variante : *nec marito viventem suam mulierem alius non accipiat*, entendre le capitulaire en ce sens qu'il adresse interdiction et à la femme de se remarier et à tout homme de l'épouser, mais non au mari de contracter une nouvelle union. C'est le sens qu'adopte M. Beyerle, qui croit trouver dans la loi salique, c. xv, un reflet de ce texte (*Über Normtypen und Erweiterungen der Lex Salica, Zeitsch. der Savigny-Stiftung, Germ. Abt.*, 1924). Le texte voudrait dire que, dans le seul cas du divorce admis, il est permis à l'homme, mais non à la femme, de se remarier.]

1. C. x (Labbe, *Concilia*, t. VII, p. 1006) : « Item placuit ut, *resoluto fornicationis causa jugali vinculo*, non liceat viro quamdiu adultera vivit aliam uxorem ducere, licet sit illa adultera; sed nec adulteræ, quæ pœnas gravissimas vel pœnitentiæ tormentum luere debet, alium accipere virum, nec vivente nec mortuo, quem non erubuit defraudare marito. » [D'interprétation fort délicate est le c. xxxvi du concile de Rome de 826 (*Mon. Germ., Conc.*, II, p. 582) : « Nulli liceat, excepta causa fornicationis, adhibitam uxorem relinquere et deinde aliam copulare : alioquin transgressorem priori convenit sociari conjugio. » S'il faut entendre ce texte d'une simple séparation pour cause d'adultère, la rédaction en est bien maladroite et imprudente à une époque où la législation civile admettait encore assez largement le divorce. Il serait toutefois étrange qu'à Rome on ait rendu une décision aussi contraire à toute la tradition de cette Église, alors que le concile de Frioul avait, trente ans auparavant, nettement affirmé la doctrine opposée et que trois ans après un concile de Paris formulait aussi la règle de l'absolue indissolubilité.] [Voir Brandileone, *Note ad alcuni canoni del concilio forojuliano dell'anno 796, Saggi*, p. 257.]

même sens statuent [le second capitulaire de Théodulphe d'Orléans¹] les conciles de Paris en 829², de Tolède en 861³, de Tribur en 895⁴. Les conciles du xi^e siècle répètent encore les mêmes prohibitions⁵.

Les épîtres des papes concordent avec les décisions des conciles, si ce n'est qu'elles pactisent moins avec le divorce; sont très nettes les lettres d'Innocent I^{er} à Exuperus de Toulouse⁶ et à Probus⁷, de Léon I^{er} à Nicetas⁸, et de Grégoire I^{er} à divers consultants⁹. Le pape Grégoire II a cependant laissé deux décisions, dont la contradiction a, de tout temps, embarrassé les canonistes. Dans une instruction adressée à ses légats en Bavière en 716 ou 722, il affirme, en termes généraux, le principe d'après lequel un époux ne peut, du vivant de son conjoint, contracter un nouveau mariage¹⁰.

1. [P. L., CV, 213.]

2. III, 2; *Mon. Germ., Conc.*, II, p. 671.

3. C. XXI, C. XXXII, qu. 5.

4. C. XLVI *in fine* (*Mon. Germ., Cap.*, II, p. 240).

5. D'après M. Freisen, *op. cit.*, p. 799, c'est seulement dans la seconde moitié du xi^e siècle que triomphe définitivement la règle de l'indissolubilité absolue.

6. *Codex canonum Ecclesiæ Gallicæ, decreta Innoc.*, c. XXVI.

7. C. II, C. XXXIV, qu. 1. Dans ce texte, cependant, un mot pourrait sembler favorable au divorce. Il s'agit d'un mari qui s'est remarié pendant que sa première épouse était en captivité. Celle-ci, rendue à la liberté, obtient que le second mariage soit déclaré nul par le pape. Or, voici comment celui-ci s'exprime : « Statuimus... conventumque secundæ mulieris, priore superstite *nec divorcio ejecta*, nullo pacto esse legitimum. »

8. C. I, C. XXXIV, qu. 1. [Mais dans leur sévérité ces décrétales témoignent de disciplines locales assez indulgentes. Exupère de Toulouse avait demandé au pape s'il devait punir sévèrement ceux qui, ayant répudié leur femme, se remariaient, faisant allusion sans doute à cette discipline de l'Église de Gaule qui permettait assez facilement un nouveau mariage. De la lettre de Léon à Nicetas il résulte que certains évêques de la province d'Aquilée avaient permis à des femmes, dont les maris étaient captifs des Barbares, de se remarier.]

9. C. *Reg.* XI, 27 et 30 (*Mon. Germ., Epist.*, II, p. 294 et 300); VI, 47 (*ibid.*, I, p. 422); XIX, XXI, XXV, C. XXVII, qu. 2.

10. Jaffé, *Regesta pontif. Rom.*, 2^e éd., n° 2153.

D'autre part, dans une lettre adressée à saint Boniface en 726, il permet à un homme de contracter un nouveau mariage, parce que sa femme ne peut pas rendre le devoir conjugal par suite d'infirmités ¹. Traditionnellement, les canonistes se refusent à donner à ce dernier texte son sens naturel; j'indiquerai plus loin les principales interprétations proposées par les anciens docteurs; les modernes admettent en général que le pape, dans le second cas, suppose un mariage qui n'a jamais été et n'a jamais pu être consommé ². Pour nous, la solution de l'antinomie est des plus simples. Dans la première lettre, le pape proclame un principe certain; dans la seconde, il admet une tolérance nécessaire.

III

Si, après la doctrine et la législation, nous voulons examiner la pratique proprement dite, nous avons principalement à considérer deux catégories de documents qui, les uns et les autres, sont postérieurs à la chute de l'empire d'Occident. Ce sont les *libri pœnitentiales* et les capitulaires ecclésiastiques des monarques francs.

[Leur étude révèle une discipline fort lâche en matière de

1. Jaffé, *Mon. Mogunt.*, p. 89 et *Mon. Germ., Epist.*, III, p. 275 : « Nam quod posuisti, quod si mulier infirmitate correpta non valuerit viro debitum reddere, quid ejus faciat jugalis : bonum esset si sic permaneret ut abstinentiæ vacaret. Sed quia hoc magnorum est, ille qui se non poterit continere, nubat magis. Non tamen subsidii opem subtrahat ab illa, cui infirmitas præpedit et non detestabilis culpa excludit. »

2. Perrone, *op. cit.*, t. III, p. 361; Freisen, *op. cit.*, p. 331 et suiv. [Etienne II, en 754, a rendu sur le même cas d'impuissance une autre décision tout aussi peu claire : « Si quis se in conjugio copulaverit et uni eorum contigerit ut debitum reddere non possit, non liceat eos separari. » Réponse aux moines de Bretagne, C. 2 (Mansi, XII, c. 559). Le texte ne dit pas clairement si l'impuissance est antérieure ou postérieure au mariage. Mais s'il s'agissait d'impuissance antérieure, cette décision du pape serait en contradiction avec celle du décret de Compiègne expressément acceptée par son légat. Il est donc vraisemblable qu'Etienne refuse d'admettre le divorce pour *impotentia superveniens*.]

divorce, au moins dans l'Église anglo-saxonne, d'où viennent les textes, et dans l'Église franque qui les utilisa jusqu'à ce qu'une réaction se produisit au début du ix^e siècle. Dans les nombreux recueils de ce genre qui nous sont parvenus¹, l'on distingue trois grands courants et trois grandes séries de textes : la série irlandaise, la série théodorienne et la série canonique. Seule la seconde a contribué à répandre une discipline relâchée sur le divorce.

En effet, les pénitentiels irlandais et ceux qui en sont issus ne contiennent sur ce point que des décisions rigoureuses. Ainsi le pénitentiel de Vinniaus, sans doute de la fin du vi^e siècle et antérieur à Columban, vise pour les interdire les deux cas de stérilité et d'adultère². Le pénitentiel de Cummean, moins explicite est aussi rigoureux³.

1. Voir : Wasserscheleben, *Die Bussordnungen der abendlichen Kirche*, Halle, 1851 ; Hinschius, *Das Ehescheidungsrecht nach den angelsächsischen und fränkischen Bussordnungen* (*Zeitschrift für deutsches Recht*, t. XX, p. 66 et s.) ; Schmitz, *Die Bussbücher und die Bussdisciplin der Kirche*, Mainz, 1883, et *Die Bussbücher und das kanonische Bussverfahren*, Düsseldorf, 1898.

2. Wasserscheleben, p. 117 ; Schmitz, I, p. 508, n^{os} 41, 43, 44, 45.

3. [Ce pénitentiel n'a été longtemps connu que par des extraits insérés dans les pénitentiels francs. L'œuvre première a été retrouvée par M. Zettinger (*Arch. f. Kathol. Kirchenrecht*, 1902). Elle est considérée comme antérieure à la mort de Théodore, datant de 669 à 690. Sur notre matière un seul chapitre, II, 29, reproduit les n^{os} 44 et 45 de Vinniaus. Des pénitentiels irlandais il faut rapprocher, comme issue de la même région, la *Collectio hibernensis* (vers 716) (éd. par Wasserscheleben en 1885). Les tendances romaines de cette collection ont été signalées. Il est remarquable qu'en notre matière elle recueille les textes les plus formels sur l'absolue indissolubilité. Pas de nouveau mariage après répudiation pour adultère (XLVI, 2, Saint Augustin ; XLVI, 15, Pasteur d'Hermas), mais comme la pénitence peut toujours être réitérée, il n'y a pas de doute que l'interdiction de se remarier ne soit absolue ; XLVI, 14, Conc. d'Arles, mais avec une déformation significative, qui d'un simple conseil fait une prescription formelle. Notons que le texte est le même dans les manuscrits de la recension A, Bibl. Nat., latin 12021, que dans l'édition Wasserscheleben faite d'après deux manuscrits d'une recension sans doute plus récente. Toutefois la collection irlandaise admet le divorce *conversionis gratia*, d'après un apo-

Cen'est donc pas la discipline irlandaise, qui par ailleurs a eu sur l'Église franque une influence profonde, qui a mis en circulation les textes indulgents au divorce. C'est la discipline anglo-saxonne, à laquelle est attachée le nom de Théodore. Personnellement, Théodore de Tarse, devenu archevêque de Canterbury et mort en 690, paraît avoir apporté de Rome, qui l'envoya, une discipline rigoureuse. Nous en avons pour témoignage le concile d'Hereford, qu'il présida en 673 et dont le canon 10 interdit le divorce pour cause d'adultère ¹. Malgré cela, l'Église anglo-saxonne maintint et répandit des règles plus indulgentes, qui circulèrent sous le nom de Théodore ². Le divorce y est admis pour un certain nombre de causes déterminées.]

crypte de saint Jérôme (XLVI, 5), et le divorce pour *infidelitas* (*casus apostoli*), mais avec cette restriction que l'homme ne peut se remarier que si la première femme avait été épousée vierge (XLVI, 29). Enfin la collection irlandaise rapporte encore (XLVI, 7) trois cas singuliers dans lesquels un nouveau mariage peut avoir lieu *vivente conjuge*: 1^o séparation violente des époux; 2^o autorisation donnée par le mari à sa femme d'épouser un homme riche qui paiera ses dettes; 3^o concubinage des patriarches avec leurs servantes. Ces trois cas, qui ne sont point des cas de divorce, mais plutôt de polygamie, n'ont exercé aucune influence sur la discipline pratique.]

1. Bruns, II, p. 309.

2. La discipline anglo-saxonne en cette matière doit être cherchée surtout dans trois pénitentiels composés entre 680 et 720 en Grande-Bretagne d'après un archétype perdu, qui prétendait rapporter les jugements de Théodore recueillis par ses disciples (Liebermann, *Zur Herstellung der Canones Theodori Cantuariensis*, Zeitschrift der Savigny Stiftung, Kan. Abt., 1922, p. 387-409). Ils passèrent de bonne heure sur le continent où de nombreux manuscrits des ix^e et x^e siècles prouvent leur large diffusion. D'autres pénitentiels composés sur le continent reproduisirent ces canons en les attribuant presque toujours expressément à Théodore. Ce sont les *Dicta Theodori* ou *Canones Gregorii pape* (Wasserschleben, p. 160; Schmitz, II, p. 522), les *Capitula Theodori* de Dachery ou *Capitula Dacheriana* (Wasserschleben, p. 145); le pénitentiel du *Discipulus Umbrensi* (*Pœnitentiale Theodori* de Wasserschleben, p. 182). Schmitz, seul de son opinion, voit dans les deux livres de ce pénitentiel deux ouvrages différents. L'examen des seuls textes relatifs au divorce pousserait à cette opinion, car il y a entre les deux livres une très nette différence

Il semble bien d'abord que le divorce par consentement mutuel était toléré ¹. On a prétendu, il est vrai ², que les passages visés ne devaient point s'entendre ainsi : il s'agirait seulement de deux époux, dont l'un voudrait se consacrer à la vie religieuse ou deviendrait infirme; alors, si tous deux y consentaient, le lien conjugal serait rompu et l'époux non infirme ou restant dans le siècle pourrait se remarier. On ne peut nier qu'un certain nombre de dispositions des *libri pœnitentiales* visent cette hypothèse spéciale ³. Nous trouverons des passages parallèles dans les capitulaires ecclésiastiques. Mais les autres textes parlent en termes généraux, dont il est arbitraire de restreindre la portée : il ne serait pas moins arbitraire de les entendre d'un simple *divortium quoad torum*. Pourvu, sans doute, que l'évêque donnât son approbation, le divorce par consentement mutuel était toléré de la puissance ecclésiastique.

Vient ensuite la répudiation. La première cause pour laquelle elle est admise, c'est l'adultère.

L'adultère du mari ne donne pas à la femme le droit de le répudier pour se remarier. Elle peut seulement entrer en religion ⁴. Au contraire, le mari peut répudier sa femme

d'esprit en notre matière. Le livre I ne nous fournit qu'un seul texte et sévère (XIV, 43, Schmitz, II, p. 555) d'origine irlandaise (Cummean, II, 29), tandis que le livre II témoigne abondamment d'une discipline plus lâche (Schmitz, II, p. 576).

1. *Canones Gregorii*, p. 158, c. LXV : « Legitimum conjugium non licet separare sine consensu amborum. » — *Pœnit. Theodori*, II, 12, § 7 : « Legitimum conjugium non licet separari sine consensu amborum. » — *Pœnit. Merseburgense*, c. CXXIII : « Legitimum conjugium non licet separari, nisi fuerit consensus amborum. »

2. Freisen, *op. cit.*, p. 790.

3. *Capitula Theodori*, p. 155, c. CXI : « Vir et mulier in matrimonio, si ille voluerit servire Deo et illa noluerit, aut illa voluerit et ille noluerit, vel ille infirmatus sive illa infirmata, tamen omnino consensu amborum separantur. » — *Can. Gregorii*, c. LXXXIV. — *Pœnitent. Theodori*, II, 12, § 12. — *Pœnitent. XXV capitul.*, c. 1X, § 1. — *Pœnitent. Pseudo-Theodori*, c. IV, § 20.

4. [« Mulieri non licet virum dimittere, licet sit fornicator, Basilii hoc

adultère et en épouser une autre¹. C'est le cas de divorce le plus solidement établi et que la réaction contre les pénitentiels aura le plus de peine à faire disparaître. La règle est en effet encore insérée dans des pénitentiels postérieurs à la réforme²; un autre pénitentiel composé après Halitgar de Cambrai (mort en 831), peut-être par Raban Maur qui l'utilise, connaît encore ce cas de divorce et l'introduit même par interpolation dans un texte qui n'en parlait pas³. Un seul pénitentiel, qui daterait de la fin du VIII^e siècle, paraît vouloir réagir en insérant, à la place des canons théodoriens, le canon 10 du concile d'Arles et un canon de la collection irlandaise emprunté à saint Augustin. C'est le *Pœnitentiale Martenianum*⁴. Quant à la femme répudiée, elle] ne pourra prendre un autre époux qu'après une pénitence de cinq années⁵, ou,

judicavit. » *Pœnit. Theodori*, II, 12, 6 (Wasserschleben, p. 213); *Canones Gregorii*, 67 (*ibid.*, p. 168); *Capitula Dacheriana*, 164 (*ibid.*, p. 159).]

1. [« Si cujus uxor fornicata fuerit, licet dimittere eam et aliam accipere. » *Pœnit. Theodori*, II, 12, 5 (Wasserschleben, p. 213); *Canones Gregorii*, 66 (Wass., p. 168); *Capitula Dacheriana* (Wass., p. 159).]

2. [*Capitula judiciorum*, IX, 1 (Schmitz, I, p. 660 et II, p. 226).]

3. [« Mulier si adulterata est, et vir ejus non vult habitare cum ea [dimittere eam potest, juxta sententiam Domini et aliam ducere]; illa si vult in monasterium intrare, IIII partem suæ hereditatis obtineat. » *Pœn. Theod.*, II, XII, 10; *Canones Gregorii* 185. Les mots entre crochets ont été ajoutés dans le *Pœnitentiale Pseudo-Theodori*, IV, 18 (Wasserschleben, p. 582). Un autre texte contient une restriction à ce droit de se remarier : « Si vir dimiserit uxorem suam propter fornicationem, si prima fuerit, licitum est ut aliam accipiat uxorem. » *Pœn. Theod.*, II, XII, 5; *Can. Greg.* 82; *Capitula judiciorum*, IX, 3 (Schmitz, I, 660; II, 226; Wasserschleben, sous le titre de *Pœnitentiel en XXXV chapitres*, p. 511). La restriction *si prima fuerit* s'explique par l'interdiction générale des secondes noces, règle d'origine orientale, sans doute introduite par Théodore dans l'Église anglo-saxonne.]

4. [*Pœnit. Martenianum*, c. 24 et 37 (Wasserschleben, p. 287 et 290). Sur ce pénitentiel, qui daterait de la fin du VIII^e siècle, voir Wolther vor Hörmann, *Bussbücher*, I, Zeischrift der Savigny-Stiftung, Kan. Abt., 1911.]

5. [« Illa vero, si voluerit peccata sua penitere, post quisque annos alium virum accipiat. » *Pœn. Theod.*, II, XII, 5; *Can. Greg.*, 92; *Cap. judic.*, IX, 3; *Confess. Ps. Egberti*, 19.]

si elle veut entrer au couvent, il lui sera donné le quart de ses biens immeubles ¹.

Un autre cas de répudiation, qui ne se confond point avec le précédent, bien que, d'ordinaire, il implique l'adultère de la femme, c'est l'hypothèse où celle-ci prend le mari en mépris et l'abandonne. Certains textes permettent alors au mari de s'unir à une autre épouse, avec le consentement de l'évêque, au bout de deux ans ou de cinq ans ². D'autres ne contiennent pas cette autorisation ; mais la pénitence dont ils frappent le mari qui convole à un second mariage est très légère ³.

Étant donné l'état de guerre et de violences presque constant à cette époque, il est naturel que la captivité de l'un des époux soit considérée comme autorisant le conjoint resté libre à contracter un nouveau mariage. Le plus souvent, c'est la capture de la femme que prévoient les *libri pœnitentiales* ; si le mari ne peut pas la racheter ou la délivrer, on lui permet de se remarier, soit immédiatement, soit au bout d'un an, soit au bout de cinq ou sept ans, et si la première femme recouvre sa liberté et revient dans sa patrie, elle ne pourra

1. « Illa si vult in monasterium intrare, IIII partem sua hereditatis otineat. » *Pœn. Theod.*, II, XII, 10; *Can. Greg.*, 185; *Pœn. Marten.*, 40; *Pœn. Pseudo-Theodori*, IV, 18.

2. [*Pœn. Theod.*, II, XII, 19 (Wass., p. 215) : « Si mulier discesserit a viro suo, dispiciens eum, nolens revertere et reconciliari viro, post quinque annos cum consensu episcopi aliam accipere licebit uxorem. » *Canones Gregorii*, 70; *Capitula Dacheriana*, 159; *Pœn. Martenianum*, 69; *Confessionale Ps. Egberti*, 26. Le *Pœnitentiale Pseudo-Theodori* (IV, 23) reproduit le texte, mais il y ajoute ces mots qui en modifient tout à fait l'esprit : « Si continens esse non poterit, III annos pœniteat, quia, juxta sententiam, Domini, mœchus comprobatur. »]

3. [*Pœn. Theod.*, I, XIV, 13 : « Si ab aliquo sua discesserit uxor, unum annum penitæt ipsa, si impolluta revertatur ad eum, ceterum tres annos, ipse unum, si aliam duxerit. » *Capitula judiciorum*, IX, 2; *Excerpta Cummeani*, III, 31; *Pœn. Bigotionum*, 7; *Pœn. Merseburgense*, 104; *Pœn. Vallicellianum primum*, 39; *Pœn. Pseudo-Theodori*, IV, 9. On remarquera que cette disposition contraire au divorce est reproduite dans des pénitentiels tardifs, qui ont au contraire laissé de côté les dispositions précédentes concernant le divorce pour adultère.]

point faire rompre cette nouvelle union, mais elle pourra prendre elle-même un nouveau mari ¹. Comme la guerre ne faisait pas seule les esclaves, on prévoyait aussi le cas où un époux tombait en esclavage *jure civili*, parce qu'il ne pouvait pas payer une composition ou une dette. Les *libri pœnitentiales* autorisent la femme à contracter une nouvelle union lorsque son mari est ainsi réduit en servitude ². [Inversement, si de deux conjoints esclaves l'un est affranchi, il peut

1. [Si cujus uxorem hostis abstulerit et ipse eam iterum adipisci non potest, licet aliam tollere; melius est sic facere quam fornicari. Si postea redeat uxor, non debet recipere eam, si aliam habet, sed ipsa accipiat alterum virum, si unum antehabuit. Eadem sententia stat de servis transmarinis. » *Pœnit. Theodori*, II, 12, 23 et 24; *Canones Gregorii*, 72; *Capitula Dacheriana*, 36; *Pœn. Martenianum*, 42; *Pœn. Merseburgense*, 94; *Pœn. Vallicellianum primum*, 41. — « Si in captivitatem per vim ductam redimere non potest, post annum potest alterum accipere. » *Pœn. Theodori*, II, 12, 20; *Capitula Dacheriana*, 160; *Pœn. Martenianum*, 65, 1. — « Item si in captivitatem ducta fuerit, vir ejus quinque annos expectet; similiter autem et mulier, si viro talia contigerint. » *Pœn. Theodori*, II, 12, 21. — « Si cujus uxor in captivitatem per vim ducta fuerit, et redimi non posterit, post annos VII potest alteram accipere. Item si in captivitate ducta fuerit et sperans quod debet revertere, vir ejus V annos expectet. Similiter autem et mulier si viro talia contigerint. » *Pœn. Pseudo-Theodori*, IV, 24. — A ce texte on ajoutait : « Si igitur vir alteram duxerit uxorem, priorem de captivitate reversam accipiat, posteriorem dimittat; similiter autem illa, sicut superius diximus, si viro talia contigerint, faciat. » *Pœn. Theodori*, II, XII, 22; *Pœn. Pseudo-Theodori*, IV, 24. Sans doute faut-il entendre cette rupture du second mariage du cas où il aurait été contracté avant l'expiration du délai. Il est évident d'ailleurs qu'il y a là plusieurs solutions différentes qui sont successivement présentées.]

2. *Capitula Theodori*, p. 155, c. cv : « Maritus si se ipsum servum fecerit in furto aut in fornicatione, mulier habet potestatem accipere virum. » — *Canones Gregorii*, c. CLXXV : « Maritus si se ipsum in furto aut in fornicatione servum fecerit mulier habet potestatem alterum accipere virum. » — *Pœnitentiale Theodori*, II, 12, § 8 : « Maritus si se ipsum furto aut fornicatione servum fecerit, vel quocumque peccato, mulier, si prius non habuit conjugium, habet potestatem post annum alium accipere virum, digamo vero non lice. » *Pœnitentiale XXXV capit.*, p. 511, c. iv, § 1; [*Capitula judiciorum*, IX, I, Schmitz, II, p. 226.]

rompre son mariage et en contracter un autre ¹.] Enfin, les pénitentiels admettent aussi comme une cause de divorce l'impuissance du mari ² et la condition servile d'un époux ignorée de son conjoint ³; [et l'on y rencontre enfin le divorce *conversionis gratia* ⁴ et le divorce pour infide-

1. « Si servum et ancillam dominus amborum in matrimonium conjunxerit, postea, liberato servo vel ancilla, si non potest redimi qui in servitio est, libero licet ingenuo conjungere. » *Pœnit. Theodori*, II, 13, 4; *Canones Gregorii*, 73; *Pœn. Martenianum*, 72. Mais le texte ne sera reproduit dans le Pseudo Théodore (IV, 32, 25) qu'avec une correction significative : « Sed tamen juxta sententiam Domini, mœchus probatur. Qui vero taliter egerit, id est, ut primam uxorem propter servitium humanum dimittat, et postea liberam deducat uxorem, III annos peniteat, I in pane et aqua, quia contra mandatum Domini fecit. Similiter et mulier peniteat, si taliter fecerit. » [Dans le même esprit le *Confessionale Ps. Egberti* (25) substitue, au droit pour le conjoint libre de se remarier, celui d'exiger l'affranchissement de son conjoint.]

2. [*Pœnitentiale Theodori*, II, 12, 32; *Pœnit. Martenianum*, 41; *Pœnit. Pseudo-Theodori*, I, 28; *Confessionale Ps. Egberti*, 20. Voyez ci-dessus, t. I, p. 261.]

3. [*Pœnitentiale Theodori*, II, 13, 5; *Canones Gregorii*, 179; *Pœnit. Martenianum*, 72; *Pœnit. Pseudo-Theodori*, I, 33.]

4. [« Mulieri non licet votum vovere sine consensu viri sui et si voverit dimitti potest et peniteat judicio sacerdotis. » *Pœnit. Theodori*, I, 14, 7; *Canones Gregorii*, 69; *Capitula Dacheriana*, 39; *Capitula Judiciorum*, XI, 12; *Pœnit. Martenianum*, 65, 5; *Excerpta Cummeani*, III, 38; *Pœnit. Merseburgense*, 128; *Pœnit. Vallicellianum*, I, 115; *Pœnit. Casinense*, 49. On remarquera que ce texte, qui devait sans doute primitivement s'entendre d'un divorce complet, mais qui cependant ne donne pas expressément au conjoint resté dans le siècle la liberté de se remarier, a pu, à cause de cela, être reproduit dans des pénitentiels postérieurs à la réforme du ix^e siècle. Mais le suivant est formel : « Potest tamen alter alteri licentiam dare accedere ad servitatem Dei in monasterium et sibi nubere, si in primo connubio erit, secundum Graecos et tamen non est canonicum, sin autem in secundo non licet tertium, vivente viro vel uxore. » *Pœnit. Theodori*, II, 12, 8; *Canones Gregorii*, 84; *Capitula Judiciorum*, IX, 4. Ce texte a subi des remaniements évidents. Il disait tout d'abord que le mariage était possible du vivant du premier conjoint, quand il s'agissait d'un premier mariage, mais non d'un second, ce qui était une application de la discipline orientale interdisant les troisièmes noces. Quand cette règle fut abandonnée, on corrigea

litas ¹, c'est-à-dire la faculté pour le conjoint converti de répudier l'infidèle.] Evidemment, c'étaient autant de concessions imposées à l'Eglise par la nécessité, afin de ne pas se mettre en opposition trop raide avec les lois civiles ²; mais elles étaient faites très franchement.

Les capitulaires ecclésiastiques des monarques francs sont un témoignage d'une autorité incontestable lorsqu'il s'agit de relever qu'elle était exactement la pratique ecclésiastique. J'ai, plus haut, cité le capitulaire de Soissons de 744, qui pose la règle de l'indissolubilité du lien conjugal, sauf en cas d'adultère de la femme. Il fut suivi [d'un décret rendu au plaid général de Compiègne en 757] où, visiblement, le pou-

par cette glose : « Secundum Græcos et tamen non est canonicum. » En revanche, un autre texte n'autorise le divorce que si les deux époux font également vœu de chasteté : « Vir et mulier in matrimonio, si ille voluerit Deo servire et illa noluerit aut illa voluerit et ille noluerit... tamen omnino cum consensu amborum separentur. » *Pœnit. Theodori*, II, 12, 12; *Capitula Dacheriana*, 111; *Pœnit. Merseburgense*, 23; *Pœnit. Vallicellianum*, I, 37; *Pœnit. Pseudo-Theodori*, IV, 20; *Pœn. Vindibonense*, 90. Le même texte interdit le divorce pour maladie. Quelles que soient les tendances favorables au divorce, il y a là une cause particulièrement odieuse, contre laquelle la conscience publique paraît avoir réagi nettement. Dans beaucoup de rituels de mariage, les époux se promettent expressément de se prendre et de se garder en santé et en maladie. Si comme on va le voir plus loin le divorce pour cause de lèpre est admis par les conciles francs, ce n'est pas sous la forme odieuse de répudiation par le conjoint sain, mais sous la forme adoucie du congé donné par l'époux malade. Voir *infra*, p. 76.]

1. [« Si unus eorum baptizatus erit et alter gentilis, sicut apostolus ait : infidelis, si discedit, discedat. Ergo, si cujus uxor est infidelis et gentilis et non potest converti, dimittatur. » *Pœnit. Theodori*, II, 12, 18; *Canones Gregorii*, 77 et 78; *Capitula Dacheriana*, 70; *Capitula Judiciorum*, 92; *Pœnit. Martenianum*, 69. En même temps, les mêmes pénitentiels laissent aux infidèles convertis, qui avaient divorcé avant leur conversion, le choix de faire revivre le mariage ou de maintenir le divorce. *Pœnit. Theodori*, II, 12, 17; *Canones Gregorii*, 75; *Capitula Dacheriana*, 29; *Capitula Judiciorum*, 9, 1; *Confessionale Pseudo-Egberti*, 1, 7. Sur ces questions voir t. I, p. 248.]

2. Cf. Perrone, *op. cit.*, t. III, p. 377.

voir royal eut pour but d'atténuer autant que possible les divergences entre la discipline ecclésiastique et la législation civile. A l'assemblée de Compiègne assistèrent les légats du pape Étienne III, l'évêque Georges d'Ostie et le *sacellarius* Jean, et, dans certains manuscrits, on mentionne pour quelques articles l'adhésion de l'un d'eux ¹.

Le divorce fut un des principaux points abordés dans les assemblées, et voici les dispositions les plus notables que contiennent, à cet égard, [le décret de Compiègne et un autre texte contemporain, dit décret de Verberie ².]

1° [Le décret de Verberie décidait que le mari, après avoir permis à sa femme de prendre le voile, ne pouvait contracter une nouvelle union ³. La disposition souleva sans doute des protestations et des difficultés, car elle fut rapportée par le concile de Compiègne : l'époux resté dans le siècle a le droit de se remarier, et, chose remarquable, on put faire souscrire, par le légat du pape, cette concession à une discipline indulgente ⁴.]

2° Le décret de Compiègne permet à l'époux lépreux de donner à son conjoint l'autorisation de contracter un nou-

1. Freisen, *op. cit.*, p. 794. [Ces mentions semblent plutôt étranges. Le décret de Compiègne est moins un capitulaire royal qu'une liste de cas proposés à l'assemblée et dont la solution fut approuvée par elle.] C. d. C.

2. [Tel est le titre qu'il porte dans un des deux manuscrits. Le texte semble plutôt l'œuvre de quelque clerc, entreprise en vue des délibérations de Compiègne, mais qui ne fut pas officiellement agréée par l'assemblée.] C. d. C.

3. C. XXI (Boretius, p. 41) : « Qui uxorem suam dimiserit velare, aliam non accipiat. »

4. C. XVI (Boretius, p. 38) : « Si quis vir dimiserit uxorem suam et dederit comiatum pro religionis causa infra monasterium Deo servire aut foras monasterium dederit licentiam velare sicut diximus propter Deum, vir illius accipiat mulierem legitimam. Similiter et mulier faciat. Georgius consensit. » [Le canon 16 du concile de Compiègne paraît s'inspirer d'un apocryphe de saint Jérôme inséré dans la *Collection irlandaise* et que reproduira Regino, *De syn. caus.*, II, 106. P. Fournier, *Regino de Prüm*, Bibl., École des Chartes, 1920, p. 26.]

veau mariage ¹. Le décret de Verberie est muet sur ce point.

3° D'après les deux décrets, comme on l'a vu plus haut,

1. C. XIX (Boretius, p. 39) : « Si quis leprosus mulierem habeat sanam, si vult ei dare comiatum ut accipiat virum, ipsa femina, si vult, accipiat. Similiter et vir. » [Même aux époques et dans les milieux qui font au divorce la place la plus large, la maladie n'a été que difficilement admise comme cause de rupture du mariage. Jamais les empereurs chrétiens ne l'ont inscrite sur la liste des causes légitimes de répudiation et, quand Justinien a autorisé le divorce pour impuissance du mari, il n'a songé qu'à l'impuissance antérieure au mariage et non à l'impuissance survenue par maladie ou accident. La *lex romana Wisigothorum* inséra (Paul, II, 20, 4, : *neque furiosus neque furiosa...*) un passage des *Sentences* de Paul (XIX, 7), d'après lequel la folie ne rompt pas le mariage, texte dont l'*Interpretatio* tire cette règle, conforme aux conceptions nouvelles, que la maladie n'est pas une cause légitime de répudiation (*Si qui matrimonium sani contraxerunt...*). Inspiré par ces textes, le concile d'Orléans de 533 (c. 11), réagissant sans doute contre une pratique contraire admise dans le droit séculier, formule le principe que le mariage ne saurait être dissous par la maladie. Mais le divorce par consentement mutuel étant alors largement pratiqué (Voir *supra*, p. 62), le concile réserve le cas de rupture par le consentement des deux conjoints (*nulla voluntatis contrarietate*). On retrouve dans les pénitentiels cette même discipline (*Capitula Dacheriana*, c. 111; *Pœnit. Theodori*, II, 12, 12; *Pœnit. Pseudo-Theodori*, IV, 20). Il n'est, il est vrai, pas dit expressément ni dans le concile d'Orléans, ni dans les pénitentiels, que l'époux peut après répudiation se remarier. Mais cela est peu probable surtout dans la discipline pénitentielle anglo-saxonne et franque si large sur cette question. Cela est certain dans le décret de Compiègne de 757 (c. 19, *si quis leprosus...*). La rupture du mariage y est présentée comme un *congé* donné par l'époux malade à l'époux sain de contracter une nouvelle union. Mais ce cas de divorce par consentement mutuel ne se maintiendra pas. Etienne II, en 754, admettra bien que la lèpre soit une cause de séparation, mais, comme les époux doivent être réunis au cas de guérison, il est vraisemblable que le lien conjugal subsiste (Mansi, XII, c. 559). Les collections canoniques laisseront tomber et le texte théodorien et celui de Compiègne. Elles ne reproduiront sur cette matière que le texte de Paul (*neque furiosus...*) et son interprétation (*Si qui matrimonium sani contraxerint*). Voir Regino, II, 129 et 130; Burchard, IX, 28 et 30; Yves, *Décret*, VIII, 166 et 168; *Panormie*, VI, 92 et 93 (c. 25 et 26, C. XXXII, qu. 7). Ce dernier renforce l'interdiction de rupture par deux textes empruntés à saint Augustin et qui visent la stérilité et la maladie (*Décret*, VIII, 238 et 254; *Panormie*, VI, 28, 104 et 105). Cet esprit du droit canonique se retrouve dans les anciens rituels du

l'impuissance du mari est une cause de divorce; ils diffèrent seulement quant à la preuve à fournir¹. Ici encore, on constate au décret de Compiègne que *Georgius consentit*.

4° Certains actes de la femme, qui renferment un attentat ou une grave injure contre le mari, constituent des causes de divorce.

Il s'agit d'abord de l'hypothèse, précédemment examinée², où la femme a comploté la mort de son mari : l'exécution a même été tentée, car le mari a tué un homme en se défendant. Il peut alors prendre une autre femme d'après le décret de Verberie³. Un second cas est également prévu par le même décret, c'est l'abandon du mari par sa femme dans des circonstances graves. Le mari est contraint de passer dans un autre duché ou dans une autre province, soit pour fuir un grand danger, soit pour suivre son seigneur. La femme, retenue par ses sentiments de famille ou par ses intérêts, refuse de l'accompagner; il peut alors répudier celle-ci et en prendre une autre; quant à sa première femme, il lui est interdit de se remarier⁴. Cependant le décret de Compiègne exclut toute possibilité d'un nouveau mariage, soit pour la femme, soit pour le mari, dans une hypothèse voi-

mariage, où l'on voit le mari promettre qu'il gardera son épouse *sanam et infirmam* (Rituels de Lyre, de Rouen, d'Amiens, de Chalon, Dom Martène, *De antiquis ecclesiae ritibus*, libri IV, in-4°, II, p. 600 et s.).]

1. *Comp.*, c. xx; *Vermer.*, c. xvii; cf. ci dessus, t. I, p. 262.

2. Ci-dessus, t. I, p. 427.

3. C. v (Boretius, p. 39) : « Si quæ mulier mortem viri sui cum aliis hominibus conciliavit, et ipse vir ipsius hominem se defendendo occiderit, et hoc probare potest, ille vir potest ipsam uxorem dimittere, et, si voluerit, aliam accipiat. »

4. C. ix (Boretius, p. 40) : « Si quis necessitate inevitabili cogente in alium ducatum seu provinciam fugerit, aut seniore suum, cui fidem mentiri non poterit, secutus fuerit, et uxor ejus, cum valet et potest, amore parentum aut rebus suis, eum sequi noluerit, ipsa omni tempore, quamdiu vir ejus, quem secuta non fuerit, vivet, semper innupta permaneat. Nam ille vir ejus, qui, necessitate cogente, in alium locum fugit, si se abstinere non potest, aliam uxorem cum poenitentia potest accipere. »

sine de celle-ci, celle où le mari abandonne sa femme, fuyant devant une vengeance privée¹.

[On pourrait prêter au décret de Compiègne l'intention de corriger celui de Verberie en effaçant l'absence de la liste des causes de divorce. Mais il n'y a pas contradiction entre le canon de Verberie, qui admet le divorce pour absence légitime (*necessitas inevitabilis*, service vassalique), et celui de Compiègne qui refuse de l'admettre quand l'époux qui s'absente s'est mis par sa faute, en commettant un crime qui l'expose à la *faida*, dans l'obligation de fuir. Cette interprétation ne paraît pas commandée par le canon 9, qui contient un cas de divorce assez difficile à comprendre. Il s'agit d'un homme franc, *francus homo*, qui emmène son *vasallus* dans un pays éloigné, où lui-même reçoit la concession d'un bénéfice. Cet homme meurt ensuite dans ce lieu, et un autre obtient après lui le même bénéfice, garde le même *vasallus*, et, pour mieux s'attacher celui-ci, il lui donne une femme dépendant du bénéfice. Le *vasallus*, après avoir vécu quelque temps avec cette femme, revient près des parents de son premier seigneur; il répudie sa femme et en prend une autre. Ce second mariage est valable². Ce texte est quelquefois interprété autrement, mais le sens que je lui donne est nettement dégagé dans la version qu'en a reproduite Regino³. [On voit par là que le décret de Compiègne ne refusait pas absolument de voir dans l'absence un cas de divorce.]

Il est remarquable que ni l'un ni l'autre des décrets ne

1. C. XXI (Boretius, p. 39) : « Si qui propter faidam fugiunt in alias patrias et dimittunt uxores suas, nec illi viri nec illæ feminæ accipiant conjugium. »

2. C. IX (Boretius, p. 38) : « Homo francus accepit beneficium de seniore suo, et duxit secum suum vasallum, et postea fuit ibi mortuus ipse senior et dimisit ibi ipsum vasallum; et post hoc accepit alius homo ipsum beneficium, et, pro hoc ut melius potuisset habere illum vasallum, dedit ei mulierem de ipso beneficio, et habuit ipsam aliquo tempore; et, dimissa ea, reversus est ad parentes senioris sui mortui, et accepit ibi uxorem, et modo habet eam. Definitum est quod illam quam postea accepit, ipsam habeat. »

3. *De synod. causis*, II, 126.

mentionne l'adultère comme cause de divorce. Cela vient sans doute de ce que le capitulaire de Soissons donnait déjà cette qualité à l'adultère de la femme ¹, qui seul était pris en considération. D'ailleurs, dans cette société rude, cette cause de divorce, dans bien des cas, était probablement superflue; le mari trompé n'avait pas besoin de l'invoquer. Non seulement lorsqu'il surprenait sa femme en flagrant délit, mais aussi lorsqu'il avait contre elle de graves soupçons, le mari se faisait justice à lui-même en tuant la coupable ²; et, vraisemblablement, cet acte est impuni. L'Église paraît avoir eu à cet égard une indulgence assez grande ³. Sans doute, elle avait défendu tout nouveau mariage à l'époux qui tuait son conjoint, mais ce ne fut jamais là qu'un empêchement prohibitif, dont la

1. Ci-dessus, t. II, p. 64.

2. Voyez dans les *Poèmes barbares* de M. Lecomte de Lisle la pièce intitulée *le Jugement de Komor*, où est admirablement ressuscité le sentiment de cette justice domestique.

3. C. VIII, C. XXXIII, qu. 2 (*Paulinus Foro Juliensis ad Heistulphum*, a. 794) : « Occidisti uxorem tuam, partem corporis tui legitimo matrimonio tibi sociatam, *sine causa mortis, non tibi resistentem, non insidiantem quocumque modo vitæ tuæ. Non invenisti eam cum alio viro nefuriam rem facientem.* » — C. V, *ibid.* (Nicolas I^{er}, a. 864) : « Interfectores suarum conjugum sine judicio, cum non addis, adulterarum vel aliquid hujusmodi, quid aliud habendi sunt quam homicidæ, ac per hoc ad pœnitentiam redigendi? » — Cependant un canon intéressant du concile de Tribur montre que l'Église cherchait à s'interposer entre la vengeance légale du mari et la femme coupable. C. XLVI (*Mon. Germ., Cap., II, p. 239*) : « Si cujus uxor constuprata fuerit et propterea maritus capitali sententia delere illam machinaverit : ipsa vero, urgente mortis periculo, ad episcopum confugerit et auxilium quæsierit, operosiori tamen, si potest, episcopus labore desudet ne occidatur. Si vero non potest, nullo modo liceat ei requirenti eam reddere viro ad occidendum, quæ se ei obtulit ad defendendum, sed sollerti cura transmittet eam ad locum, quem ipsa delegerit, ut segura vivere possit. Si vero interdum maritus eam invenerit et repetierit, secundum sæculum potestatem habuerit quid agere ei velit... Si autem eadem mulier timore perterrita a loco ubi eam episcopus destinavit aufugerit, et vir ejus ab episcopo semel aut bis vel sæpius repetierit, si vitam ei obtinere possit, perquirat et reddat; sin autem, omnino non reddat. Maritus vero quamdiu ipsa vivat, nullo modo alteram ducat. »

dispense était assez facilement accordée¹. Il y avait là un moyen, admis par les mœurs et par la loi, de tourner la règle de l'indissolubilité du lien conjugal. Saint Augustin y avait songé déjà², et divers passages d'Hincmar de Reims montrent bien que, de son temps, plus d'un mari y avait recours³.

5° Les deux décrets contiennent une série de dispositions qui admettent le divorce dans le cas où l'un des conjoints a commis un adultère compliqué d'inceste. Lorsqu'un des époux entretient des relations adultères avec un des parents de son conjoint, celui-ci peut divorcer et se remarier ; les deux coupables, au contraire, sont condamnés au célibat jusqu'à leur mort. Le décret de Compiègne ne vise que l'adultère de la femme avec son beau-frère⁴. Mais le décret de Verberie relève l'inceste du mari avec sa belle-fille, celui de la femme avec son beau-fils, celui du mari avec la sœur et même avec la *consobrina* de sa femme ; dans ce dernier cas, cependant, on note que l'Église n'admet pas le divorce⁵.

1. C. v, viii, *dictum* sur c. ix, C. XXXIII, qu. 2 ; c. i, X, *De div.*, IV, 19.

2. C. ix, C. XXXIII, qu. 2.

3. Voyez en particulier ci-dessus, t. I, p. 22.

4. C. xii : « Si quis homo habet mulierem legitimam et frater ejus adulteravit cum ea, ille frater vel illa femina qui adulterium perpetraverant interim quo vivunt nunquam habeant conjugium. Ille cujus uxor fuit, si vult, potestatem habeat accipere aliam. »

5. C. ii (Boretius, p. 40) : « Si aliquis cum filiastra sua manet, nec matrem nec filiam ipsius potest habere, nec ille nec illa aliis se poterunt conjungere ullo unquam tempore. Attatem uxor ejus, si ita voluerit, si se continere non potest, si postea quam cognovit quod cum filia sua vir ejus fuit in adulterio, carnale commercium cum eo non habet, nisi voluntate se abstinere, potest alio nubere. » — C. x : « Si filius cum noverca sua, uxore patris sui, dormierit, nec ille nec illa possunt ad conjugium pervenire. Sed ille vir, si vult, potest aliam uxorem habere ; sed melius est abstinere. » — C. xi : « Si quis cum filiastra sua dormierit, simili sententia stare potest ; et cum sorore uxoris suæ simili modo stare potest. » — C. xviii : « Qui cum consobrina uxoris suæ manet, sua careat et nullam aliam habeat. Illa mulier quam habuit faciat quod vult. *Hoc Ecclesia non recipit.* » — Cf. Scherer, *Das Eherecht bei Benedikt Levita*, p. 33 et s. — Freisen, *op. cit.*, p. 462 et s., entend ces

6° [Le décret de Verberie fait de la servitude une cause de divorce, soit quand un homme libre a épousé sans le savoir une *ancilla*, que son maître réclame ensuite pour la remettre en servitude ¹ (c'est l'*error conditionis* du droit canonique postérieur), et pour ce cas le décret de Compiègne donne la même solution; soit quand de deux conjoints libres au moment du mariage l'un tombe en servitude.]

Le lien conjugal est alors dissous, si celui qui a conservé sa liberté veut contracter un nouveau mariage avec une personne libre. Une seule exception est admise, qui jette un triste jour sur la société de cette époque : si l'époux s'est vendu comme esclave sous la pression de la misère, son conjoint, qui a partagé le pain ainsi gagné et que cette vente a sauvé lui-même de la faim, ne peut point divorcer. Le vieux texte est d'une simplicité vraiment émouvante ². Le décret de Verberie a aussi, sur le mariage des esclaves ou des affranchis, des dispositions intéressantes qui ont été relevées plus haut ³.

Ces décisions des décrets de Compiègne et de Verberie ont exercé une profonde et durable influence. Elles sont, pour la plupart, reproduites dans le recueil de Regino ⁴ et dans le

décisions d'une annulation du mariage qui se produit *ipso facto* par l'effet de l'*affinitas superveniens*. Mais l'idée de divorce est bien plus simple; ce sont sûrement des cas de divorce que prévoient les autres dispositions citées des deux décrets. [Sur les décrets de Compiègne et de Verberie, et les origines de l'*affinitas superveniens*, Fleury, *Recherches historiques sur les empêchements de parenté dans le mariage canonique des origines aux fausses décrétales*, thèse Paris, 1933, p. 183 et 200.] J. D.

1. C. VII; ci-dessus, t. I, p. 360.

2. Ci-dessus, t. I, p. 360, noté 2.

3. C. VII, VIII, XIX, XX; ci-dessus, t. I, p. 353.

4. II, 106, 107, 123, 126, 127, 214, 215. — Il est remarquable que Regino, au commencement du x^e siècle, admet encore pleinement la réglementation contenue dans les *libri pœnitentiales*. Voyez, dans son traité, les *capitula inquisitionis*, p. 26, n° 96 : « Si habeat pœnitentialem Romanum, vel a Theodoro episcopo aut a venerabili Beda editum, ut secundum quod ibi scriptum est, aut interroget confitentem, aut confesso modum pœnitentiæ imponat. »

décret de Burchard de Worms ¹; elles figurent en partie dans la Panormie d'Yves de Chartres ², et Gratien les enregistrera encore. Mais il se fera tout un travail ³, pour les mettre d'accord avec la règle triomphante de l'indissolubilité; elles contribueront néanmoins à introduire, dissimulées sous la forme de nullités, de véritables exceptions à cette règle. De même que la théorie ancienne du *matrimonium initiatum* laissera subsister, en cas de mariage non consommé, la dissolution possible par l'entrée en religion d'un des époux ou par la *dispensatio* papale, de même les causes de divorce admises à Compiègne et à Verberie donneront naissance ou fourniront un appui aux nullités de mariage fondées sur l'impuissance et l'*error conditionis* qui se sont conservées, à la nullité fondée sur l'*affinitas superveniens*, qui a disparu ⁴.

Les capitulaires des rois francs nous ont montré une transaction officielle sur la question du divorce, entre la législation civile et la discipline ecclésiastique. Nous en trouvons antérieurement une autre, du même genre, dans un code qui

1. IX, 54; XVIII, 10; XVII, 11, 17; VI, 41.

2. VI, 91.

3. Voyez déjà Benedictus Levita, VI, 235; VII, 384.

4. [La discipline du divorce à l'époque franque a été étudiée dans ce qui touche à la juridiction matrimoniale par Daudet, *Etude sur l'histoire de la juridiction matrimoniale*, thèse Paris, 1933, et dans ce qui touche à l'empêchement de parenté par Fleury, *op. cit.* L'histoire externe du Droit ecclésiastique de l'époque franque a été renouvelée par H. Barion, *Das fränkisch deutsche Synodalrecht des Frühmittelalters*, Bonn et Cologne, 1931, Finsterwalder, *Zwei Bischofskapitularen der Karolingerzeit*, dans *Zeitschrift der Savigny-Stiftung, Kanonistische Abteilung*, 1925, p. 336 et s., et *Die Canones Theodori Cantuariensis und ihre Ueberlieferungsformen* [Untersuchungen zu den Bussbüchern des VII-VIII und IX Jahrhunderts, I], Weimar, 1929 (il assigne pour patrie à tous les recueils théodoriens, non l'Angleterre, mais le nord et l'est des pays francs et la Germanie), Le Bras, *Judicia Theodori*, *Revue historique de Droit*, 1931, p. 95-115 et *Pénitentiels*, dans *Dictionnaire de Théologie catholique*, col. 1159-1179 (Paris, 1933), et pour toute l'histoire externe du Droit canonique, Fournier et Le Bras, *Histoire des collections canoniques en Occident depuis les fausses décrétales jusqu'au décret de Gratien*, I, Paris, 1931, II, Paris, 1932.] J. D.

fut rédigé par le pouvoir séculier, mais sous l'influence directe et prépondérante de l'Église : je veux parler de la *Lex barbara Wisigothorum* sous sa forme dernière. Elle proclame en termes généraux l'indissolubilité du lien conjugal, prohibe le divorce ¹. et, sur certains points, plus sévère que la loi franque, elle tire les conséquences rigoureuses de ce principe ². Néanmoins elle rend parfois à l'homme ou à la femme mariés la liberté de contracter une nouvelle union en rompant la première. Pour ce qui est de l'adultère de la femme, elle tourne la règle de l'indissolubilité en décidant que la femme adultère, non seulement lorsqu'elle est surprise en flagrant délit, mais aussi lorsque sa culpabilité est judiciairement prouvée, est à la merci du mari, qui peut faire ce qu'il veut d'elle et de son complice, qui peut la tuer par conséquent ³. D'autre part, la femme a le droit de divorcer et de se remarier, lorsque son mari est coupable de crime contre nature, ou s'il a lui-même prostitué l'épouse, malgré la résistance de celle-ci ⁴.

IV

Malgré ces transactions inévitables, les docteurs de l'Église proclamaient le principe de l'indissolubilité absolue et luttaient pour le faire triompher; ils repoussaient jusqu'au divorce pour cause d'adultère soit du mari, soit de la femme.

1. III, 6, 1 : « Mulierem ingenuam a viro suo repudiatam nullus sibi in conjugio sociare præsumat. » III, 6, 2, *Ne inter conjuges divortium fiat* : « Ut nullus virorum, excepta manifesta fornicationis causa, uxorem suam aliquando relinquat, et neque per testem neque per scripturam, sive sub quocumque argumento, facere divortium inter se et suam conjugem audeat. »

2. Ainsi elle n'admet point que l'époux dont le conjoint est réduit en servitude puisse se remarier du vivant de celui-ci; III, 6, 2, *in fine*.

3. *Lex Wisigoth.*, III, 4, 1, 3, 4.

4. *Lex Wisigoth.*, III, 6, 2 (vers la fin) : « Ea tantum conditione retenta, ut si mulieris maritus masculorum concubitor approbatur, aut si eandem suam uxorem, ea nolente, adulterandam cuicumque viro dedisse vel permisisse convincitur, quia tale nefas fieri nequaquam inter christianos oportet, nubendi mulieri alteri viro, si voluntas ejus extiterit, nullatenus illicitum erit. »

Telle est, au ix^e siècle, la doctrine bien nette d'Hincmar de Reims ¹. Non moins net est Jonas d'Orléans, qui constate pourtant une pratique contraire, rendue possible par la tolérance des autorités ecclésiastiques ². A la fin du x^e siècle, Gerbert statue en termes formels ³. L'Église, en acquérant la juridiction pleine et exclusive sur les mariages, pouvait dès lors faire passer sa doctrine dans la pratique et dans la réalité ⁴.

1. Voyez *passim* ses deux opuscules, *De divortio Lotharii* et *De nuptiis Stephani*. [Cependant en 862 (Mansi, XV, col. 613) les évêques réunis à Aix-la-Chapelle pour prononcer sur le divorce de Lothaire autorisent ce dernier à se remarier en alléguant que l'adultère de la femme rompt le mariage et ils savent trouver à cette décision de complaisance une justification dans un passage de l'Ambrosiaster (c. 17, C. XXXII, qu. 7).] [Daudet, *op. cit.*, p. 90.]

2. *De institutione laicali*, lib. II, c. xiii (Migne, t. CVI, p. 492) : « Hoc igitur tantum nefas contra preceptum Domini et Salvatoris nostri Jesu Christi, de dimittendis uxoribus et aliis ducendis, ideo inolevisse dubium non est, quoniam nefandi tanti criminis operatores severissima ecclesiastica censura, ut oportet, non perculluntur. »

3. *Lettres de Gerbert*, éd. Julien Havet, n^o 195, p. 485 : « Consuluistis utrum his qui sororem suam conjugis adulterio polluit, post peractam penitentiam ad priorem copulam redire debeat, an alteram sortiri. Et alterum quidem permittitur, alterum penitus inhibetur... Quod si mulier duxerit alterum non prius accipiat communionem quam is quem reliquit de seculo exierit, nisi forte necessitas infirmitatis dare compulerit. » — Il est à remarquer que, dans ce passage, Gerbert se place uniquement au point de vue de la juridiction disciplinaire exercée par l'Église. Il ne paraît pas admettre que l'Église puisse prononcer la nullité directe du second mariage, contracté par la femme de l'adultère : la communion lui sera seulement refusée. Cela donnerait à croire que du temps de Gerbert e'était encore la juridiction séculière qui connaissait de la validité des mariages.

4. [Burchard comme Reginon reproduit encore les canons des conciles francs, mais tous les textes témoins d'une discipline relâchée disparaissent des collections canoniques de la réforme. — Fahrner, *op. cit.*, p. 140. — Il en est de même des collections d'Yves de Chartres. Il est caractéristique qu'il remanie les canons 1 et 9 de Verberie pour interdire un nouveau mariage après séparation, Décret 10, 169 (c. 5); Panormie 6, 94, c. 9; Décret 8, 189, c. 9. Cependant, cette discipline relâchée subsiste dans les conciles de Bourges (1031) et de Tours (1060). Le c. 13 du concile de Bourges décide : *Ut illi qui uxores legitimas sine culpa fornicationis dimittunt, alias non acci-*

Cependant Fulbert de Chartres connaît encore un tempérament. Il permet au mari de contracter une nouvelle union, lorsque la femme adultère est entrée au couvent ¹. Yves de Chartres semblerait même avoir admis en cas d'adultère la dissolution du lien conjugal. Dans sa Lettre CLXXX, il déclare que la *fornicatio* d'un époux est une cause de *divortium*, et l'on croirait qu'il entend cela d'un divorce parfait, car il met sur la même ligne, comme seconde cause de *divortium* admise par l'Église, l'inceste, le mariage contracté avec une *consanguinea*, auquel cas le mariage est annulé ². Mais

pianit illis viventibus, nec uxores vero, sed sibimet reconcilientur (Fahrner, *op. cit.*, p. 106). Un nouveau mariage est donc encore permis après divorce pour cause d'adultère. Le c. 9 du concile de Tours, en exceptant ceux qui *sine judicio episcopi* répudient leur femme pour en épouser une autre, laisse entendre qu'un jugement de l'évêque peut autoriser un divorce véritable (Fahrner, p. 106). Mais ceci peut aussi s'entendre des cas dans lesquels l'Église admettait la rupture de l'union ou même l'ordonnait soit pour nullité, soit pour *impedimentum superveniens*.] J. D.

1. *Ep. XLII Roberto Rothomag. archipræsuli* (Migne, t. CXLI, p. 223) : « Procacitas G. cujus mihi mentionem fecistis, satis superque fatigavit me de novis connubiis expetendis; sed ego semper obstiti, dicens non licere ei sua uxore vivente alteram usurpare. Nunc ergo tandem rogavit me, seu calide sive simpliciter, ut sibi aut uxorem suam fugitivam redderem, aut eam, si reniteretur, excommunicarem; alioquin diceret quod ego et illa faceremus eum mœchari. Conventa igitur de hac causa, mulier respondit mihi nunquam se redituram ad illum; et quia certo noverat mores suos cum moribus G. convenire non posse, velle se potius renuntiare sæculo et monacham devenire, tantum si Gualerannus sibi vel centum libras nummorum Carnotensium ferendas ad monasterium daret. Ego autem inter hæc monacham illam nec fieri prohibeo nec compello, sed nec ut ad virum odientem peritura redeat coartare præsumo. G. autem sæpe mittit ad me licentiam ineundi connubii novi petens; illam se guprisse suamque pecuniam recepissee, licet non vere, protestans. *Ego vero interdico ei licentiam istam, donec uxor ejus aut monacha facta sit aut defuncta.* » Cette lettre est d'autant plus remarquable que, dans l'hypothèse, il n'est point spécialement parlé d'adultère; il s'agit d'une femme qui a abandonné son mari pour incompatibilité d'humeur. [Fulbert paraît ici faire application du c. 16 du décret de Compiègne (voir plus haut, p. 76). Le mari peut contracter une nouvelle union quand, avec sa permission, la femme a prononcé des vœux religieux.]

2. P. 401 : « Nullum credo posse fieri divortium nisi causa interveniat

telle ne peut être sa pensée; car, ailleurs, dans un cas pourtant très favorable, celui de *Hierosolymitani* dont les épouses avaient violé la foi conjugale pendant leur absence, il déclare que ces maris n'ont que le choix entre deux partis: ou revenir à leurs épouses en leur pardonnant, ou s'abstenir de tout commerce charnel tant qu'elles seront en vie¹. Ce qui me paraît ressortir du premier passage cité, c'est simplement l'expression d'une conception juridique sur le *divortium* qui, en droit canonique, a précédé la distinction entre le *divortium quoad vinculum* et le *divortium quoad torum vel cohabitationem*. On commença par concevoir une seule espèce de *divortium*: toutes les fois que la séparation de fait était judiciairement prononcée entre deux époux, il y avait également *divortium*. Mais une seconde question se posait alors: chacun des époux, ou l'un d'eux, pouvait-il ou non contracter une nouvelle union? Tantôt on l'admettait, tantôt on ne l'admettait pas. Dans le cas où une nouvelle union était interdite, une question subsidiaire se posait encore: la réconciliation des époux séparés était-elle possible? Tantôt elle l'était, comme en cas de *divortium propter fornicationem*; tantôt elle ne l'était pas, comme lorsque le *divortium* était fondé sur l'*affinitas superveniens*. Ce sont des idées sur lesquelles je reviendrai un peu plus loin.

quam Lex admittit aut Evangelium. Adhuc enim vigeant Judæorum et gentilium secundum legem naturalem sociata conjugia, et nulla vel rarissima erant christianorum connubia, quando apostolis interrogantibus si licet homini uxorem dimittere, responsum est a Domino nullum conjugatorum fieri posse divortium, excepta fornicationis causa. Sed quia secundum apostolicam doctrinam torum immaculatum et honestum connubium oportet esse in omnibus, crescente religione christiana ad causas divortii additus est incestus, qui si in aliqua copula repertus fuerit, non potest probari thorus esse immaculatus et honestus. »

1. *Ep. CXXV*, p. 224: « De Hierosolymitanis, quorum uxores fornicatæ sunt, bene mihi videtur sentire sanctitas vestra: quia secundum evangelicam et apostolicam doctrinam oportet eos aut ad proprias uxores redire, aut, eis viventibus, sine ulla carnis commixtione remanere... Si aliquando apud nos causa fornicationis tale divortium contigerit, censura ecclesiastica cogimus vel sibi reconciliari vel sine spe manere conjugii. »

V

Au milieu du XII^e siècle, la doctrine canonique sur le divorce est définitivement fixée dans Gratien et dans Pierre Lombard, dont l'accord est complet sur ce point ¹. Cependant, chez eux, elle est encore encombrée de débris provenant des textes anciens, vestiges des états précédents par lesquels elle a passé, et dont ne se préoccuperont plus les canonistes postérieurs.

Le point capital de la doctrine, parce que c'en est le plus délicat, est toujours le divorce pour cause d'adultère. Dans Gratien, c'est à la Cause XXXII, qu. 7, que se trouve le siège de la matière. La question est posée en ces termes : *Si ille qui dimiserit uxorem suam causa fornicationis, illa vivente, aliam ducere possit?* L'auteur présente d'abord la négative en reproduisant les principales autorités qui établissent ce point de droit, citations des Pères de l'Église, canons des conciles, décrétales des papes ². Mais, selon sa méthode, il expose aussi la thèse contraire ³, et, en ce sens, il se heurte à deux textes dont j'ai montré précédemment l'importance : la fin du passage de pseudo-Ambroise qui accorde la faculté de se remarier au mari lorsqu'il a répudié sa femme adultère ⁴, et la lettre du pape Grégoire à saint Boniface, où le pape autorise le nouveau mariage d'un homme dont la femme est infirme et ne peut rendre le devoir conjugal ⁵. Gratien, avec une grande netteté d'esprit, déclare que le texte attribué à

1. Je laisse de côté, bien entendu, leurs divergences quant aux effets du *matrimonium non consummatum*.

2. C. I-XVI, C. XXXII, qu. 7. Voici la conclusion (*dictum* sur c. XVI) : « His auctoritatibus evidentissime monstratur quod quicumque fornicationis causa uxorem suam dimiserit, aliam illa vivente ducere non poterit ; et, si duxerit, reus adulterii erit. »

3. *Dictum* sur c. XVI : « Hæ auctoritates de iis loquuntur quorum continentiam carnalis infirmitas non impedit, vel de his præstantes causam dissidii conjunctione se reddiderint indignos. »

4. C. XVII, C. XXXII, qu. 7.

5. C. XVIII, *ibid.*

saint Ambroise est apocryphe¹ ; quant à la lettre de Grégoire II, il n'en conteste ni l'authenticité ni la portée, mais il la déclare contraire aux canons, à la doctrine évangélique et apostolique². C'était raisonner avec beaucoup de sens critique, presque comme le ferait un moderne ; mais le scolastique réparait bientôt. Après cette explication si simple et si claire, Gratien en fournit d'autres, moins satisfaisantes, mais qui montrent l'autorité encore subsistante des textes qu'il cherche à écarter. C'est ainsi que, selon lui, la lettre à saint Boniface contiendrait une dispense accordée aux Anglais par le pape Grégoire, en même temps qu'il leur accordait le droit de contracter mariage aux quatrième et cinquième degrés de parenté³. Mais il y a là une bévue : la dispense, quant aux mariages entre parents, se rattache au nom de Grégoire le Grand, et la lettre à Boniface est de Grégoire II. La glose du décret en fait elle-même la remarque⁴, mais après avoir rapporté d'abord cette explication, par respect de la tradition. Elle fournit elle-même trois explications du texte : les deux premières sont celles que donneront alternativement dans la suite les canonistes apologétiques ; elles consistent à dire ou qu'il s'agissait dans l'hypothèse d'une simple *sponsa per verba de futuro*, ou qu'il s'agissait d'une femme *arcta* avec laquelle le mariage n'avait pas pu être consommé⁵. La troisième explication, plus sincère, admet qu'il s'agit là d'une véritable dispense, en vertu de laquelle l'homme, quoique engagé par

1. *Dictum* sur c. xviii : « Sed illud Ambrosii a falsatoribus dicitur insertum. »

2. *Ibid.* : « Illud Gregorii sacris canonibus, immo evangelicæ et apostolicæ doctrinæ penitus invenitur adversum. »

3. *Dictum* sur c. xxiv, C. XXXII, qu. 7.

4. Glose sur ce *dictum*, v^{is} *Illud vero* : « Quandoque bonus dormitat Homerus, vagatur Gratianus pro solutione illius capituli, et cum non inveniet, somniando attribuit S. Gregorio minori quod egregius doctor S. Gregorius major scribit Augustino : C. XXXV, qu. 3, *Quædam lex*. »

5. Glose du *dictum* sur c. xviii, C. XXXII, qu. 7, v^o *Nubat* : « Vel intellige de sponsa et secundum hoc illud est consilium : *non enim opem subtrahit*... Vel loquitur de arcta, et illud est consilium : *non enim opem*, etc. »

les liens d'un mariage valable, peut en contracter un nouveau; mais la glose ajoute que le droit d'accorder une semblable dispense a été abrogé¹. Quant au passage de pseudo-Ambroise, Gratien indique une interprétation fournie par quelques-uns, qui a pour but de lui donner un sens correct et de ne pas le sacrifier. Il s'agirait là non pas d'un simple adultère, mais d'un inceste commis par la femme avec un parent de son mari et créant l'*affinitas superveniens*. Le lien conjugal serait alors dissous, et l'époux innocent pourrait contracter une nouvelle union². Pour mieux éclairer l'idée, Gratien donne à la suite les principaux textes anciens qui prononçaient la dissolution du mariage pour *affinitas superveniens*³. Mais, contre cette interprétation, deux objections se présentent à l'esprit du maître. Il fait observer d'abord que dans la théorie de l'*affinitas superveniens* le mari et la femme sont traités de la même manière, tandis que pseudo-Ambroise donne au mari seul le droit de se remarier en cas d'adultère de la femme, sans aucune réciprocité. On répondait à cela par une subtilité puérile que nous avons déjà vu apparaître ailleurs : on disait que le texte n'employait pas les mots *vir* et *mulier* dans leur sens propre, mais au figuré; il appelait *vir*, quel que fût son sexe, l'être fort qui savait résister à la tentation; il entendait par *mulier* l'homme, aussi bien que la femme, lorsqu'il tombait dans la turpitude⁴. Mais Gratien a

1. « Vel intellige de juvene qui continere non potest, cui permittitur contrahere, cum una permissiva comparatione, ne ad plures accedat. Vel dic hoc abrogatum esse ut dixit H. » Sur le principe d'après lequel aucune infirmité de l'un des époux n'autorise l'autre à divorcer, voyez c. xxv-xxviii, C. XXXII, qu. 7, et Pierre Lombard, *Sent., lib. IV, D. XXXIV, D.*

2. *Dictum* sur c. xviii, C. XXXII, qu. 7 : « Hæc autem, quia viro suo se illicitam reddidit in perpetuum, dum per copulam consanguinitatis in primum vel secundum vel tertium gradum transit affinitas, licite dimittitur et, ea vivente, superdicitur alia. »

3. C. xix-xxiv, C. XXXII, qu. 7.

4. *Dictum* sur c. xviii, C. XXXII, qu. 7 : « Virum ab Ambrosio appellatum non sexu sed animi virtute; mulierem quoque nominatam non sexu corporis, sed mollitie mentis. »

une seconde objection à opposer, d'une portée plus grande. Pour lui, c'est un principe absolu que, le mariage étant *ratum et consummatum*, aucun des deux époux ne peut en contracter un nouveau du vivant de son conjoint. Il l'applique donc même en cas d'*affinitas superveniens*, et déclare que seulement après la mort du conjoint incestueux l'époux innocent pourra se remarier¹. Par là, il a été l'un des réformateurs de la théorie de l'*affinitas*.

Pierre Lombard ne s'embarrasse point des difficultés que soulève Gratien. Il tient fermement que le divorce pour cause d'adultère est interdit². Il cite bien le passage de pseudo-Ambroise, mais se contente de dire : *Sed hoc a falsariis Ambrosii libro positum creditur*. Il ne cite pas la lettre de Grégoire à Boniface. Quant à la dissolution du mariage par l'*affinitas superveniens*, il tranche la difficulté comme Gratien, mais d'un seul mot³.

Comment les deux maîtres ont-ils envisagé les causes de divorce, autres que l'adultère, anciennement admises?

Pour la captivité et la longue absence d'un des époux, ils n'avaient qu'à reproduire le système contenu dans les lettres des papes Léon et Innocent I^{er} : c'était celui de l'indissolubilité, n'admettant point le divorce en pareil cas⁴. Un texte

1. *Dictum* sur c. xviii : « Sed quia nulla auctoritate permittitur ut, uxore vivente, alia superducatur, illud Ambrosii intelligitur in supradicto genere fornicationis, non tamen quod, vivente dimissa, aliam ducere possit, sed post mortem fornicarii vel fornicariæ... Ille qui a fornicatione mundus est, vir vel mulier aliis copulari possunt; adulteri autem, si supervixerint, nullo modo copulari poterunt. » C'est déjà ainsi que l'entendait Benedictus Levita, VII, 384.

2. *Sent.*, lib. IV, D. XXXV, C : « Ex his ostenditur quod si causa fornicationis fit separatio, non potest vir vel mulier in aliam transire copulam. Possunt autem reconciliari et cohabitare sicut prius, si dimissum alter revocare voluerit. »

3. *Sent.*, lib. IV, D. XXXIV, H : « Quod ait : cui vult nubat, intelligendum est post mortem viri... Hic de illo adulterio agitur quod cum cognata viri vel cegnato uxoris committitur. »

4. C. XXXIV, qu. 1 et 2.

était embarrassant en sens contraire, parce que son autorité avait été grande. C'est le chapitre du décret de Verberie qui autorise le mari, forcé de s'expatrier, à prendre une autre femme, lorsque sa première épouse a refusé de le suivre, celle-ci n'ayant point le droit de se remarier, lui vivant. Gratien a reproduit la première partie du texte, celle qui vise la femme et lui interdit un nouveau mariage; il a laissé de côté la seconde partie, celle qui concerne le mari ¹. Pierre Lombard ne cite point ce texte, mais il s'y réfère sans doute par la pensée, lorsqu'il apporte à sa doctrine rigoureuse un tempérament assez notable. En effet, il admet que, lorsqu'un homme contracte un mariage loin de sa patrie qu'il a quittée, il ne peut pas abandonner sa femme sous le prétexte qu'il en a déjà une autre, restée dans son pays; tant que la preuve complète de la première union n'est pas rapportée, la seconde constitue un mariage de fait que l'Église protège et sanctionne dans le *forum externum* ², et qui devient alors excusable devant le *forum internum*.

Les textes qui autorisaient le divorce, à raison de la condition servile de l'un des époux ignorée par l'autre, sont utilisés pour établir la nullité résultant de l'*error conditionis* dans la nouvelle doctrine ³. Cependant, Gratien conserve encore dans son langage l'écho de la théorie antérieure : il emploie souvent des expressions qui désignent plutôt un divorce véritable qu'une nullité initiale ⁴. On peut en dire

1. C. IV, C. XXXIV, qu. 1.

2. *Sent., lib. IV*, D. XXXVIII, E : « Si quis relicta in patria sua uxore in longinquam abiens regionem aliam ducat uxorem, deinde pœnitentia ductus eam dimittere velit, asserens se aliam habuisse quæ vivit, nec Ecclesia permittat, quæ quod ille asserit ignorat, quæritur an hæc secunda copula sit conjugium? Sane dici potest non esse conjugium et mulierem excusari per ignorantiam, virum autem adulterium admisisse. Sed ex quo ad primam redire volens nec valens, cogitur Ecclesiæ disciplina hanc tenere, incipit excusari per obedientiam et timorem de hoc quod poscenti mulieri debitum reddit, a qua ipse nunquam poscere debet. »

3. Ci-dessus, t. I, p. 359 et s.

4. *Dictum* sur c. III, C. XXIX, qu. 2 : « Non negatur ingenuam posse

autant de certains passages de Pierre Lombard ¹. Quant au fond, Gratien et Pierre Lombard paraissent admettre que la réduction de l'un des époux en esclavage, postérieurement au mariage, est une cause de dissolution de celui-ci. Ils reproduisent en effet un canon du concile de Tribur qui admet que, par exception, ce résultat ne se produira pas lorsque le mari est à dessein tombé en servitude afin de rompre le lien conjugal ². Mais la glose du décret maintient ici dans tous les cas le mariage indissoluble ³. Les textes qui autorisaient le divorce en cas d'impuissance du mari sont également intercalés dans la théorie de l'*impedimentum impotentiae* ⁴. Mais, dans l'exposition de Gratien, on sent très bien le passage de la théorie du divorce à celle de la nullité du mariage ⁵.

nubere servo, sed dicitur quod si nescitur esse conditio servilis, *libere potest dimitti*, cum servitus ejus fuerit deprehensa. » — *Dictum* sur c. vi : « Quia ergo hæc et personæ et conditionis dolum passa est, non cogitur adhærere ei cujus fraude decepta est. »

1. *Sent., lib. IV*, D. XXXVI, A : « Cum dicitur, sciens illum servum, datur intelligi quod si nescierit illum servum esse, *non cogitur manere cum ipso*. Si enim conditionis dolum patitur, non cogitur adhærere ei cujus fraude decepta est. »

2. C. vii, C. XXIX, qu. 2; *Sent., lib. IV*, D. XXXVI, C.

3. Glose sur c. vii, C. XXIX, qu. 2, v^o *Dimitti* : « Argumentum, licet aliquid deveniat ad id in quo incipere non potuit, non tamen propter hoc irritatur. » Et plus haut, v^o *Divortii* : « Sed unde haberet iste occasionem divortii propter hoc? Certe per legem quæ dicit quod servitus superveniens dirimit matrimonium, ff. *De divort.*, l. 1... Quæritur utrum iste qui se vendit, possit repeti ab uxore, quæ jus habet in eo, et in cujus opprobrium redundat hujusmodi servitus? Argumentum quod sic ff. *De liber. causa*, l. 1 et 2. Quod concedit H(ugutio), maxime cum ea fuerit absens nec poterat reclamare. »

4. Ci-dessus, t. I, p. 259 et s.

5. C. XXXIII, qu. 1 : « Quod autem propter impossibilitatem reddendi debitum mulier a viro suo separari non possit auctoritate evangelica et apostolica probatur. Sic enim Christus in Evangelio : nulli licet dimittere uxorem suam nisi causa fornicationis... Unde datur intelligi quod impossibilitas reddendi debitum non facit conjugii discidium. (*Voilà la question posée sur le terrain du divorce*)... His ita respondetur : conjugium confirmatur officio ut supra probatum est ; postquam vero officio confirmatum fuerit, nisi causa

Enfin, des autorités anciennes permettaient un nouveau mariage à l'époux qui donnait à son conjoint l'autorisation d'entrer au couvent, tandis que lui restait dans le siècle. Gratien ne les reproduit pas, et insère au contraire le canon 21 du décret de Verberie qui révoquait cette tolérance et déclarait que l'époux autorisant ne devait point se remarier, mais se convertir lui-même à la vie religieuse ¹. C'est aussi la décision que donne Pierre Lombard ².

VI

On le voit, la théorie des deux *magistri* sur le divorce, si nette quant au fond, est encore obscurcie à la surface par les souvenirs du droit antérieur. Mais ces disparates devaient s'effacer de la doctrine ³. Cette simplification dernière fut surtout l'œuvre des décrétalistes. Commentant principalement des textes conçus dans le nouvel esprit, ils ne sont point arrêtés par le scrupule de répondre aux textes abrogés. Avec eux, la doctrine devient simple et claire, résumée dans des formules nettes; avec eux, les diverses nullités qui remplacent d'anciennes causes de divorce ont pris la forme franche et dégagée, sous laquelle nous les avons précédemment exposées. Cependant, on trouve encore dans les recueils de Décrétales quelques causes de divorce véritable admises par les papes,

fornicationis, non licet viro uxorem dimittere, vel uxori a viro discedere. Verum antequam confirmetur, impossibilitas officii solvit vinculum conjugii. »

1. C. x, XXXIII, qu. 5. Dans Gratien le texte est donné comme *ex concilio Remensi*.

2. *Sent., lib. IV*, D. XXXII, B : « Si vero habitum mutaverit (mulier), non potest revocari (a marito) secundum illud : qui uxorem velare permiserit, aliam non accipiat, sed similiter convertatur. »

3. [Les auteurs des *Sommes* sur le décret n'ajouteront sur ce point rien au maître. On notera seulement la netteté avec laquelle Rufin écarte les textes anciens contenant les exceptions au principe de l'indissolubilité : « Si vero in Burchardo vel alibi aliqua inveniantur capitula que expresse illud permittunt, nichil momenti continere sciantur. » (Edit. Singer, p. 492). Voir le résumé de ces sommistes sur la question dans Fahrner, *op. cit.*, p. 142 et s.]

comme après une grande épidémie quelques cas sporadiques apparaissent encore.

[Il faut d'abord à ce point de vue rappeler les cas de divorce que le droit canonique a définitivement maintenus : 1° rupture du mariage non consommé (souvenirs de l'École de Bologne) : au cas de vœu solennel ¹ et par dispense du pape ²; on y peut ajouter l'impuissance, cas de divorce au *matrimonium initiatum* maintenu sous la forme de l'empêchement dirimant ³; 2° rupture du mariage même consommé par application du *privilegium paulinum* ⁴.]

A la fin du XII^e siècle, certains papes admettent encore qu'un époux peut se remarier lorsque son conjoint, catholique au moment du mariage, est devenu postérieurement infidèle ou hérétique. C'est ce que décidait Célestin III ⁵, ce qu'avait

1. [Au début de son pontificat, Alexandre III a tenu la *desponsatio de presenti* pour indissoluble, en accord avec la théorie du Lombard, qu'il appliquait alors dans toute son étendue. Compil. I^a, 3, 28, 9; Compil. I^a, 4, 4, 5 (7). Lorsqu'il a constitué la synthèse personnelle qui sera le système classique du Droit du mariage, il restreint cette indissolubilité au seul mariage consommé. Le mariage simplement conclu *per verba de presenti* se dissout par l'entrée en religion d'un des conjoints, conformément au droit du Décret, X, 3, 32, 2; X, 3, 32, 7; X, 4, 1, 16, ou par *affinitas superveniens* publique, X, 4, 13, 2. En outre, Alexandre III permet par voie de dispense pour cause d'absence de se remarier après un mariage non consommé, *Coll. S. Germanensis*, IX, 13. Urbain III, X, 4, 14, 2 et Innocent III, X, 4, 13, 6, qui suit la doctrine de son maître Huguccio, rejettent l'*affinitas superveniens*. Innocent III réprouve la solution donnée par Urbain III, X, 4, 8, 3, qui avait admis la dissolution du mariage non consommé pour *lepra superveniens*. Seule subsiste en Droit classique la dissolution par l'entrée en religion d'un des conjoints. La dispense de mariage non consommé, imaginée par Alanus, qui ignorait d'ailleurs la décrétale d'Alexandre III qui en contient le premier exemple, est demeurée à l'époque classique une opinion purement doctrinale. Elle était d'ailleurs combattue par les théologiens et l'on n'en rencontre aucune trace dans les registres des papes du XIII^e et même du début du XIV^e siècle. Dauvillier, *Le mariage dans le Droit classique de l'Eglise*, Paris, 1933, p. 285 et s. | J. D.

2. Voir *infra*, ch. VII, IV.

3. Voir t. I, p. 266 à 268.

4. Voir t. I, p. 248 et s.; II, ch. V, sect. 2, I.

5. C. 1, X, *De conv. infid.*, III, 33 (1191-1198); le texte intégral dans

avant lui décidé Urbain III (1185-1187) ¹, et cette opinion ne fut définitivement condamnée que par Innocent III ². Raymond de Pénafort retoucha en conséquence les décrétales de Célestin III et d'Urbain III pour les insérer aux décrétales de Grégoire IX; mais les canonistes postérieurs n'ignoraient point leur portée primitive : ils soutenaient seulement que les deux papes avaient statué comme simples docteurs ³.

Dans la *Collectio prima*, en tête du titre *De dote post divortium resituenda*, figure un *caput incertum* emprunté à l'*Appendix concilii Lateranensis* et attribué à un concile de Worms. Il faisait allusion à de véritables divorces alors

Friedberg, p. 588 : « Idem si quidem juris erit in sequenti casu quem proponere studuisti, quum S. christiano viro propter odium uxoris Christum negante et sibi copulante paganam et ex ea filios procreante, christiana in opprobrium Jesu Christi relicta, cum assensu archidiaconi sui ad secundas nuptias convolavit et filios suscepit ex ipsis; non enim videtur nobis quod si prior maritus redeat ad unitatem ecclesiasticam, eadem a secundo debeat recedere et resignari priori, maxime cum ab eo visa fuerit Ecclesiæ judicio discessisse, et, teste Gregorio, contumelia Creatoris solvat jus matrimonii circa eum qui relinquitur odio fidei christianæ. »

1. C. VI, X, *De divort.*, IV, 19 (le texte intégral dans Friedberg, p. 722) : « De illa vero quæ, viro suo labente in hæresim, ipsius consortium sine judicio Ecclesiæ declinavit, utrum revertente illo ad catholicam unitatem ad reintegrandum matrimonium sit cogenda, videtur nobis quod mulier, maxime si ea intentione discessit, ut lapsus in hæresim tædio pariter et confusione affectus se ab errore suo converteret, ei, quum fuerit reversus, est reddenda quæ, etiamsi reverti noluerit, compelletur. Si vero judicio Ecclesiæ ab eo sine spe matrimonii redintegrandi recessit, ad recipiendum eum nullatenus eam dicimus compellendam. »

2. C. VII, X, *De divort.*, IV, 19.

3. Gonzalez Tellez, sur c. VII, X, *De divort.* : « Non autem Cœlestinus et Urbanus ex cathedra diffiniendo asseruerunt catholicum ob hæresim conjugis non teneri cum eo cohabitare, imo cum alio nuptias celebrare posse; sed tantum ut doctores privati id asseruerunt, ut constat ex illis verbis Cœlestini : *Non enim videtur nobis quod si prior maritus redeat*; et Urbani ibi : *Dicimus compellendum*. Unde cum tanquam doctores privati id docuerint, tempore quo non erat ab Ecclesia definitum propter hæresim non fieri divortium quoad vinculum, non potest dici eos errasse. »

encore tolérés, puisqu'il déclarait qu'au bout d'un an les époux *separati* pouvaient se remarier chacun de leur côté ¹. Raymond de Pénafort supprima cette clause et ne conserva que la partie du texte qui ordonnait de rendre intégralement leur *dos* aux femmes séparées, mais, même ainsi écourté, il présentait aux canonistes des difficultés d'interprétation assez grandes, car il s'accommodait assez mal à un système dont le divorce avait été éliminé ².

Une décrétale du pape Alexandre III montre clairement l'évêque de Vicence prononçant un vrai divorce pour absence prolongée du mari, et donnant à la femme le droit de se remarier. Le pape déclare que l'évêque a agi en homme sage et que les enfants nés de la seconde union sont légitimes, bien que le premier mari fût encore vivant ³. Il est vrai que

1. C. I, X, *De donat. inter vir.*, IV, 20 (les mots en italiques ont été supprimés par Raymond de Pénafort) : « Mulieres vero, quum pro aliqua licita causa a propriis viris fuerint separatæ, totam dotem præcipimus sibi reddi, quam in die nuptiali receperunt, et post expletum annum accipiant alium virum, si voluerint; similiter et vir uxorem. »

2. Gonzalez Tellez, sur ce chapitre, notes b et c.

3. C. VIII, X, *Qui filii sunt leg.*, IV, 17. [Sicard de Crémone rejette la rupture du mariage par *servitus superveniens*, « licet longobardica aliter sentiat ». Schulte, *Zur Gesch. der Litteratur über das Dekret Gratians* (Sitzungsberichte der Wiener Akad., LXIII, 1870, p. 347.)] [C'était une règle assez répandue, semble-t-il, que le mariage était dissous par une absence de sept ou dix ans. Echiquier de Normandie, 1242, Warnkönig et Stein, *Französische Staats und Rechtsgeschichte*, II, p. 137; échevinage de Reims, 1235, *Archives administratives de la Ville de Reims*, éd. Varin, Paris, 1839, I, 2^e partie, p. 766; Beaumanoir, n° 1636, éd. Salmon. Sur cette tendance qui a quelque fondement dans des textes romains, voir L. Briedey, *La condition juridique des Croisés*, thèse Caen, 1900, p. 83-85.] [Sur l'interprétation de ces textes, Dauvillier, *op. cit.*, p. 337 à 339, et compte rendu *Semaine de Droit normand* de 1933, *Revue historique de droit*, 1933, p. 726, *Explication d'un arrêt de l'Echiquier de Normandie, le divorce pour cause d'absence au XIII^e siècle*. Un arrêt de l'Echiquier rendu à Falaise à Pâques 1219, à propos d'une question de douaire, laisse entendre que la femme peut se remarier si le mari lui en a donné l'exemple. L. Delisle, *Jugements de l'Echiquier*, n° 250; Besnier, *Le mariage en Normandie des origines au XIII^e siècle*, Caen, 1934, p. 19 et 20.] J. D.

la décision du pape peut s'expliquer, même en admettant la nullité du second mariage, qui, à cette époque, ne pouvait point faire doute ¹.

Le décret de Compiègne avait permis le divorce lorsque l'un des époux, atteint de la lèpre, donnait à son conjoint l'autorisation de le quitter pour contracter un autre mariage ²; et sans doute, dans ce cas, la coutume ancienne n'exigeait point pour le divorce le consentement de l'époux lépreux. Cette règle reparaît affaiblie dans une décrétale d'Urbain III ³.

1. Gonzalez Tellez, sur c. XIX, X, *De spons.*, IV, 1, qu'il attribue à Innocent III : « Existimo Innocentium III ibi non appellasse episcopum Vicentinum virum providum, quia licentiam dedit uxori transeundi ad secundas nuptias, sed quia jussit parentibus mulieris ut nuntium mitterent et ita ad propriam patriam virum revocarent. Agnovit tamen Innocentius matrimonium secundum nullum fuisse, superstite primo marito, sed quia divortium inter eos fuerat factum per episcopum Vicentinum, et simul concessa fuerat licentia transeundi ad secundas nuptias, ideo decidit prolem legitimam esse, tanquam procreatam ex matrimonio putativo cum bona fide alterius ex conjugibus celebrato. » [Alexandre III affirme à maintes reprises l'indissolubilité du *matrimonium ratum ac consummatum*, indissolubilité qui repose à ses yeux sur le Droit divin. *Coll. Claustro-neoburgensis*, 317; X, 3, 32, 17; *lettre à Kanut*, X, 3, 45, 1. Il affirme notamment que le lien du mariage consommé ne peut être dissous pour cause d'absence. *Coll. Claustro-neoburgensis*, 321. Mais il permet assez facilement de contracter un second mariage, même si l'on n'est pas absolument sûr de la mort de l'absent, quitte à prescrire la restauration du premier mariage le jour où le conjoint absent viendrait à réparaître. C'est en ce sens qu'il faut interpréter X, 4, 17, 8, en accord avec la même solution qui se trouve dans *Coll. Claustro-neoburgensis*, 321 et *Coll. S. Germanensis*, VI, 1. S'il n'a jamais abandonné le principe de l'indissolubilité du mariage consommé, Alexandre III ne l'a donc pas toujours gardé de toute atteinte pratique. De même, si l'on découvre qu'une sentence de nullité a été prononcée à tort, mais si, à la suite de cette sentence, l'un des conjoints s'est remarié, Alexandre III se refuse à restaurer le premier mariage, bien qu'il tienne la seconde union pour un adultère. — Martène, *Coll.*, II, 815, X, 2, 20, 9. — Dauvillier, *op. cit.*, p. 304 et s.] J. D.

2. Ci-dessus, t. II, p. 476. [Le texte d'Etienne II (754) autorisant la séparation des lépreux ne paraît avoir exercé aucune influence, voir *supra*, p. 67, note 2.]

3. C. III, X, *De conj. lepros.*, IV, 8 : « Quia postulasti utrum, postquam

Le pape prononce, à raison d'une *lepra superveniens*, la dissolution d'un mariage contracté, mais non encore consommé. Mais c'était là une décision qui s'expliquait par l'ancienne doctrine sur le mariage non consommé, celui-ci étant considéré comme dissoluble pour certaines causes ¹. Versé aux décrétales de Grégoire IX, dans un système où, sauf en deux points, le mariage simplement consenti produisait les mêmes effets que le mariage consommé, ce texte aurait pu conduire les interprètes à reconnaître, dans tous les cas, la lèpre comme une cause de divorce². Raymond de Pénafort écarta tout danger en le corrigeant et en désignant expressément les *sponsalia* dont il était parlé comme *sponsalia de futuro* ³.

En dehors des textes canoniques, les *Assises de Jérusalem*, dans leur partie la plus ancienne, attestent la permanence du divorce à raison des infirmités graves qui rendent impossible ou insupportable la vie conjugale⁴ : l'époux sain pourra se

sponsalia inter aliquas legitimas personas contracta fuerint, antequam viro mulier traducatur, alter eorum lepræ morbum incurrat, alius ad consummandam copulam maritalem compelli debeat, vel se ad secunda vota transferre : tuæ sollicitudini respondemus, quod ad accipiendam eam cogi non debet, cum inter eos matrimonium non fuerit consummatum. »

1. Ci-dessus, t. I, p. 146.

2. Gonzalez Tellez, sur ce chapitre : « Nam matrimonium ratum quoad vinculum parum distat a consummato... Sed matrimonium ratum dissolvitur per lepram supervenientem... Igitur et similiter consummatum dirimetur ob lepram supervenientem. »

3. Gonzalez Tellez, sur ce chapitre, note b : « *Sponsalia* ; de futuro adjecit Raymundus ut tolleret ingentem difficultatem. »

4. *Assises de la Basse Court*, édit. Kausler, c. CLXXII : « S'il avient que uns hons ait prise une feme et cele feme devient puis mezele (lépreuse) ou cheit dou mauvais mau trop laidement (tombe du haut mal), ou li put trop fièrement et le nes, ou pisce aucune nuit au lit si que tout se gastent ces dras : la raison commande que, se le marit s'en clame à l'iglise, por ce mahaing qu'il i a, que l'iglise les dot despartir par dreit, mais l'iglise deit tout premier, avant qui les parte prendre la feme et metre en un hostel o (avec) III autres bonnes femes qui soient o elle XV jors ou I mes, por veyr se ce est vérité que ses maris dit, et se cil veent et connoissent par celes emes que ele ait la tache que ses maris dit, dreis (droit) est qu'il

remarier; l'époux infirme entrera en religion. Sûrement, il y avait dans ce sens des idées répandues par toute la chrétienté; car, au ^{xiii}^e siècle, Hostiensis se demande encore si des infirmités semblables ne rendent pas le mariage nul. Il repousse cette solution; mais une certaine hésitation perce dans ses paroles¹. Je crois, cependant, que c'est l'influence des principes suivis dans l'Église orientale qui a inspiré les décisions des *Assises de Jérusalem*².

VII

Le divorce proprement dit était éliminé du droit canonique occidental³; mais le terme *divortium* y resta. Bernard de Pavie, le premier compilateur des Décrétales, aura un titre *De divortiis*, et les collections postérieures conserveront cette rubrique. Mais ce terme n'aura plus son sens ancien et

seient partis et que celui ou cele qui avera la tache que dite est desus soit rendus en religion, et le maris peut puis bien prendre autre moulier (femme), par droit, puis que il sera partis de l'autre femme qui se sera rendue en ordre de religion. Et tout autel raison est dou marit cil avoit le mahaing que dit est desus et sa moillier nen eust point dou mahaing, et tout en autele manière deit estre juges comme est dite la raison devant de sa feme, et ce est dreit et raison par l'asise. » — *Idem*, Beugnot, *Assises de la Cour des Bourgeois*, c. CLXXV. — Sur les conséquences de ce divorce quant aux biens et quant aux enfants communs, voyez Kausler, c. CLXXIII, CLXXIV; Beugnot, c. CLXXVI, CLXXVII.

1. *Summa*, p. 377 : « Quid si naturis sterilis sit vel alias viciosa corpore, vel si vicio vesicæ collectum humorem continere non potest, vel in lecto mingit, vel inter coxas quando debet reddere debitum; non turberis nam similia et turpiora audiuntur, nec sunt talia animarum medicis ignoranda : et hæc videtur quod impediunt et dirimant, cum duo bona matrimonii deficient, et causæ principales et finales, propter quas matrimonium contrahitur... Secus si cognoscibilis sit quocunque modo, quamvis concipere non possit, vel in lecto mingat, vel mortuum pariat, quia hoc edictum prohibitorium est, nisi forte dominus papa contrarium responderet. »

2. Ci-dessus, t. I, p. 29.

3. Sauf les causes de dissolution du *matrimonium non consummatum*, et le *casus apostoli*.

traditionnel, sauf pour un cas visé d'ailleurs au titre *De divortiis* dans les décrétales de Grégoire IX, celui où un converti répudie régulièrement son conjoint infidèle. Il désignera deux choses très différentes. Tantôt il désignera le jugement rendu sur une action en nullité de mariage, prononçant qu'il n'existe aucun lien conjugal entre deux personnes unies en fait; tantôt il répondra à une institution nouvelle, l'ancien divorce pour cause d'adultère, transformé et limité dans ses effets, *divortium quoad torum et mensam* ¹. On peut être étonné de voir deux institutions aussi distinctes confondues sous une même dénomination. Cela vient de ce que, comme je l'ai dit plus haut, pendant longtemps, on ne les distingua pas nettement l'une de l'autre au point de vue juridique, pas plus qu'on ne les distinguait nettement l'une et l'autre du divorce proprement dit, quand il existait encore. On réunissait sous l'appellation *divortium* tous les cas où deux personnes, ayant vécu comme mari et femme, étaient séparées par un jugement de l'Église les autorisant à cesser, ou leur défendant de continuer la vie commune : l'état de fait étant toujours le même, on ne se demandait pas si l'état de droit était identique. Dans tous ces cas, les obligations qui résultent du mariage disparaissant, il semblait que le mariage lui-même cessait d'être, sauf que parfois une *reconciliatio* des époux pouvait lui rendre l'existence ². On ne différençait

1. Hostiensis, *Summa*, p. 386 : « Et quidem aliquando fit (divortium) ad tori separationem tantum, quandoque quantum ad fœdus matrimoniale dissolvendum. » — Gofredus, *Summa*, p. 191 : « Plures sunt causæ divortii secundum jura civilia, sed dicimus jura illa non tenere, et item dico in omnibus aliis legibus ex quibus habetur divortia seu repudia fieri posse præter causas canonicas, quas inferius prosequemur. Nam matrimonia jure poli non jure fori reguntur. Duo vero sunt causæ legitimæ propter quas fit divortium, quoad torum et mutuam servitatem, non quo ad fœdus seu vinculum matrimoniale, quia si semel teneat et matrimonium fuerit consummatum non dirimitur nisi morte. »

2. Yves de Chartres, *Ep. CLXXXVIII*, col. 191 B : « Verum postquam præcedente consensu contracta sunt fœdera nuptiarum, postquam matrimoniales tabulæ datæ sunt et cætera conjugii sacramenta completa sunt, vir

ces diverses hypothèses qu'à un autre point de vue : après le *divortium* prononcé, les deux époux ou l'un d'eux pouvaient-ils contracter un nouveau mariage avec une tierce personne ? Tantôt on le permettait et tantôt on le défendait. On le défendait aux deux époux quand le divorce était prononcé pour adultère ; on le défendait à l'un d'eux seulement lorsque le *divortium* était prononcé à raison de la frigidité ou du vœu solennel ; mais entre ces deux *divortia*, juridiquement on n'établissait point une différence de nature. J'ai montré que cette conception seule pouvait expliquer certains passages des lettres d'Yves de Chartres¹ ; c'est encore à ce point de vue que se place Bernard de Pavie, lorsqu'il distingue deux espèces de *divortium* : le divorce total et le divorce partiel². C'est aussi dans ce sens qu'il faut entendre un passage de la *Summa Rolandi*, dans lequel l'auteur déclare que le *divortium propter adulterium* dissout (*dirimit*) le mariage, bien qu'il n'admette pas que les époux séparés puissent se remarier³. D'autre part, il semble bien que Gra-

et mulier unum corpus commixtionem carnis facti sunt, *non intelligo posse dissolvi conjugium, nisi divortii causa intercurrat adulterium : quamvis enim ex adulterio, docente Evangelio, possit mulier marito reconciliari.* »

— Cette conception est très nettement formulée dans un canon du concile de Tribur rapporté ci-dessus, t. II, p. 66.

1. Ci-dessus, t. II, p. 101, *Ep. CLV*, col. 159 D : « Quod ergo divina sententia sanxit et immutabile fieri voluit, non debet humano interdicto disjungi, nisi fuerit absque contrahentium factum consensu, aut per se criminis, id est adulterium aut incestuosum. Quod cum evenierit non est differendum sed separatione sanandum. »

2. *Summa decretal.*, p. 487 : « Divortium est viri ab uxore legitima separatio. Divortium autem aliud totale, aliud particulare ; totale, quo ita separantur, ut liceat ad aliam copulam convolare, sive utrique, ut ubi separantur post consanguinitatem vel affinitatem, sive alteri tantum, ut ubi pro voto solemnium vel frigidityte ; particulare divortium est, ubi taliter fit separatio ut neutri liceat aliud contrahere matrimonium, veluti pro adulterio. »

3. Sur C. XXXII, qu. 1, p. 158 : « Fornicariam assumi non posse rationibus probari videtur. Quidquid enim dirimit matrimonium contractum, impedit contrahendum ; *sed fornicatio dirimit contractum*, ergo multo magis impedit contrahendum. » — M. Freisen, il est vrai, conteste que le

tien soit encore impressionné par cette conception lorsqu'il se demande si la femme séparée de son mari *frigidus* peut se remarier : la question ne pouvait se poser que parce que le sens des mots *divortium*, *separatio* n'était pas pleinement dégagé et fixé ¹.

Mais c'était là une conception grossière et chaotique. Une analyse plus fine devait faire apparaître que, là où le divorce prononcé ne donnait à aucun des époux le droit de se remarier, en réalité il laissait subsister le lien conjugal : par conséquent on devait distinguer, comme deux institutions différentes, le divorce qui prononce la nullité de ce lien, et celui qui écarte seulement les obligations se rapportant à la vie commune. Pierre Lombard, avec sa netteté d'esprit habituelle, les avait déjà distingués : il appelait le premier la *séparation quant au sacrement*, le second la *séparation de corps* ². Mais Gratien ne contient pas cette analyse exacte, et le premier des Bolonais qui la fera, en termes différents d'ailleurs, paraît être *magister Rolandus*. Il distingue dans le mariage deux liens : l'un, le *ligamen*, empêche tout nouveau mariage que l'un des époux voudrait contracter du vivant de son conjoint ; il ne peut se dissoudre que si le mariage n'était pas *legitimum* ;

mot *dirimit* soit pris dans son sens propre, *op. cit.*, p. 843 : « Das Wort *dirimit* ist hier aber... nicht im technischen Sinne zu nehmen. » Mais je ne vois pas pourquoi il en serait ainsi. Tout ce qu'on peut dire, c'est que *magister Rolandus* emploie là une terminologie vieillie, qui ne répond plus à sa propre doctrine ; il en a une plus exacte que l'on trouvera un peu plus loin.

1. C. XXXIII, qu. 2 : « Quod autem ei, cum quo prius fornicata fuerat, post separationem nubere possit, superius probatum est : mortuus est enim sibi vir ejus, ex quo Ecclesiæ judicio ab eo separata, ab ejus lege soluta est. »

2. *Sent.*, lib. IV, D. XXXI, B : « *De duplici separatione*. Separatio autem gemina est, corporalis scilicet et sacramentalis. Corporaliter possunt separari causa fornicationis, vel ex communi consensu causa religionis, sive ad tempus sive usque in finem. Sacramentaliter vero separari non possunt dum vivunt, si legitimæ personæ sint. Manet enim vinculum conjugale inter eos, etiam si aliis, a se discedentes, adhæserint. »

— l'autre, c'est l'obligation au devoir conjugal ; il peut se dissoudre à raison de l'adultère, mais alors le premier lien n'en subsistera pas moins ¹. En même temps, quoique l'on continuât à appeler *divortium quoad vinculum aut fœdus* la nullité du mariage judiciairement prononcée, on réserva plus spécialement le nom de *divortium* à ce que Lombard appelait la *separatio corporalis* ². On dit alors *divortium quoad torum et mutuam servitutem*. Ce divorce se présenta sous une double forme : comme divorce par consentement mutuel, et pour cause déterminée ³. Le divorce par consentement mutuel, c'est le vœu de continence formé par les deux époux ou par l'un d'eux, l'entrée de l'un d'eux ou de tous deux en religion, l'entrée du mari dans les ordres sacrés, tels qu'ils ont été décrits précédemment. Mais alors, sauf le cas d'entrée en religion, il y avait *divortium quoad torum* mais non *quoad habitationem*, car la vie commune continuait, à l'exception des rapports conjugaux ; les effets de ce divorce n'étaient donc pas toujours les mêmes ⁴.

[Cette séparation porte le nom de *conversio conjugatorum*.

1. Sur C. XXXII, qu. 7, p. 187 : « Matrimonium nulla ratione posse dissolvi docetur, sed intuum est quod duplex est matrimonii vinculum. Uno tenemur ad debitum uxori exigenti reddendum, altero ad matrimonium cum aliqua, uxore vivente, nullo modo contrahendum. Fornicatione intercedente, altero remanente, primum solvitur, primum possibile est solvi ; secundum vero, matrimonium legitimum cum fuerat, impossibile est solvi. »

2. Glose sur c. 1, C. XXXII, qu. 7 : « Divortium autem non est verum nisi cum fit animo constituendi discessionem... Nec fit divortium quoad matrimonii essentiam, sed quoad usum carnis, et dupliciter fit, vel perpetuo, vel ad tempus. »

3. Gofredus, *Summa*, p. 191 : « Duæ vero sunt causæ legitimæ, propter quas fit divortium quoad torum et mutuam servitutem... scilicet religio et fornicatio. »

4. Bern. Pap., *Summa decretal.*, p. 189 : « Effectus vero divortii particularis est ut alteri debitum reddere non teneatur ; fit autem tale divortium alias a coitu solo, alias a coitu et cohabitatione : a solo coitu ut in uxore clerici fornicata, ut C. XXXIII, qu. 2, c. x ; a coitu et habitatione ut pro idolatria uxoris vir ab ea separatur et quoad coitum et quantum ad cohabitationem, ut C. XXVIII, qu. 1, c. vi. »

Contre la discipline relâchée que nous attestait Fulbert de Chartres, et qui avait persisté jusqu'à l'époque classique ¹, Alexandre III affirme l'indissolubilité du lien. L'entrée en religion ou l'ordination d'un des conjoints, après mariage consommé, doit se faire d'un commun accord des deux époux. L'autre conjoint doit embrasser la vie religieuse ou tout au moins émettre la promesse de vivre dans la continence. Jusquelà, il a le droit de ramener le premier conjoint à la vie commune. Le lien conjugal ne reçoit aucune atteinte, bien que l'usage du mariage soit désormais interdit, car, de charnel qu'il était, le mariage devient purement spirituel ².]

VIII

Ce divorce, singulièrement transformé depuis ses premières origines qui se trouvent dans le droit romain, n'avait pas vu seulement restreindre ses effets et limiter sa portée; il avait pris aussi un caractère nouveau et des plus remarquables. Il était devenu essentiellement judiciaire.

Dans le système du droit romain, comme dans celui de la loi juive, le *repudium* était un acte privé : il émanait de la seule autorité de l'époux qui y avait recours, sauf pour l'autre conjoint le droit de soumettre au juge la question de savoir si la répudiation n'était pas intervenue en dehors des cas permis et des conditions exigées par la loi. L'Église posa, au contraire, de bonne heure cette règle qu'aucun époux ne pourrait abandonner ou expulser son conjoint sans que l'évêque ou le synode eussent préalablement statué sur le cas ³. Le concile d'Agde, en particulier, avait posé très net-

1. [Que cette discipline ne choque pas les mœurs, c'est ce qu'attestent des textes littéraires : *Eliduc* et *Ile et Galeron*. De fait, sous Innocent III, des conjoints qui ne pouvaient s'accorder après mariage consommé concluent un accord devant un évêque : le mari reçoit les ordres et la femme se remarie avec un autre, X, 3, 32, 15.] J. D.

2. [X, 3, 32, 2; X, h. t., 4, 5, 6, 8. Dauvillier, *op. cit.*, p. 315 et s. et 359 et s.] J. D.

3. Bern. Pap., *Summa decret.*, p. 187 : « Fiebat autem (divortium) anti-

tement le principe¹, et ce principe fut constamment dans la suite appliqué au divorce, qu'il s'agit du *divortium quoad vinculum* ou du *divortium quoad torum*². On en trouve des applications très fréquentes dans les collections de Décrétales.

Pour quelles causes le divorce seul maintenu, le *divortium quoad torum et mensam*, pouvait-il être prononcé? Ici, le droit canonique se montra fort sévère et le développement fut très lent. Appliquant à ce divorce les paroles de l'Évangile selon saint Mathieu sur la *dimissio uxoris*, les canonistes anciens s'accordaient généralement à déclarer qu'il ne pouvait avoir pour cause que la fornication de l'un des époux. Mais on ne pouvait en rester là. Les fondateurs de la doctrine paraissent même avoir eu une conception plus large. Gratien assimile à la fornication tout acte contre nature de la part du mari³. D'autre part, certains passages de saint Augustin assimilaient aussi à la fornication le fait de sacrifier aux idoles ou d'adorer les faux dieux⁴. On s'empara de ces textes, bien qu'ils visassent une hypothèse spéciale, celle où l'un des

quitus dato libello repudii... de tali divortio habes in Veteri Testamento et *Dig. De divortiis* per totum, et *Cod. De repudiis* per totum, ubi etiam causæ enumerantur, quibus repudium mitti possit... Cæterum canonica et evangelica auctoritate hujusmodi repudium seu divortium christianorum expiravit ab aula, Domino præcipiente ut nullus dimittat uxorem, excepta fornicationis causa. »

1. Ci-dessus, t. II, p. 63, note 5.

2. *Bern. Pap., Summa decret.*, p. 188 : « Divortium fieri non potest absque ecclesiastico judicio et sine causæ cognitione, ut C. XXXIII, qu. 2, c. 1, et C. XXXV, qu. 6, c. x, etiam si causa divortii sit omnibus manifesta ut infra (c. III, X, *De divort.*, IV, 19); solus ergo ecclesiasticus judex divortium facere potest, sed tamen alter conjugum potest divortium postulare. »

3. C. XI, XII, C. XXXII, qu. 4; c. VII, C. XXXII, qu. 7, et la glose v^o *Sodomita* : « Idem dices si propriam uxorem polluit extra claustra pudoris, vel se ipsum polluit propriis manibus : numquid ob hoc potest dimitti? Videtur quod sic, quia nomine mæchiæ omnis illicitus concubitus, et illicitus membrorum usus continetur. »

4. C. V, VI, C. XXVIII, qu. 1.

époux était chrétien l'autre restant païen, et qu'ils s'appliquassent au divorce véritable permis dans ce cas par la discipline ecclésiastique. On les appliqua à la théorie nouvelle du *divortium quoad torum*, et l'on admit que celui-ci pourrait être demandé contre l'époux devenu païen ou hérétique. Il en fut de même d'un autre texte ¹ où il était parlé d'un époux qui cherchait à entraîner au crime son conjoint ². Cette doctrine un peu confuse se précisa peu à peu, et l'on admit trois causes distinctes du *divortium quoad torum*.

La première, c'est la *fornicatio carnalis*, c'est l'adultère, aussi bien celui du mari que celui de la femme. Celle-ci a, en effet, le droit d'accuser, à fin de divorce, son mari adultère ³. Mais l'action intentée de ce chef par l'un des époux pouvait être paralysée par diverses exceptions : les auteurs anciens en donnent des énumérations quelque peu différentes par le nombre de numéros qu'elles comportent, mais qui, au fond, reviennent au même ⁴. Voici les hypothèses vraiment distinctes qu'elles relèvent :

1° L'époux actionné en divorce peut repousser la demande en prouvant que le conjoint accusateur est lui-même coupable d'adultère ⁵.

2° Lorsque la femme a été prostituée par le mari, celui-ci

1. C. IV, C. XXVIII, qu. 1.

2. Bern. Pap., *Summa decret.*, p. 189 : « Causæ vero divortii particularis... aliæ perpetuo separationem inducunt, ut adulterium, hæresis; item si maritus ad idolatriam seu latrocinium uxorem compellat, uxor ab eo divortium quærere potest, similiter et e contra, ut C. XXVIII, qu. 1, c. IV, et *infra*, *Quæssivit* (c. II, X, *De divort.*); quod tamen divortium eatenus credo servandum, quatenus ille in scelere perseverat. »

3. Hostiensis, *Summa*, p. 387 : « Sicut autem maritus potest accusare uxorem, sic et uxor maritum, et quantum ad hoc non ad imparia judicantur. »

4. Voyez en particulier Hostiensis, *Summa*, p. 387, avec l'indication des textes à l'appui.

5. Hostiensis, *Summa*, p. 387 : « Primus casus est si ipse eodem vitio laborat; nam si in casu præcedenti vir excipit de adulterio, ipsa replicabit de eodem vitio; et si maritus accuset, ipsa excipiat. »

ne peut pas demander le divorce à raison de l'adultère ¹.

3° Lorsque l'époux coupable de fornication croyait son conjoint décédé, il n'y a pas en droit adultère de sa part, à raison de sa bonne foi, parce qu'il n'y a pas eu dol.

4° Lorsque la femme a subi une violence, a été *vi oppressa*, l'action en divorce n'est pas fondée.

5° Lorsqu'il y avait eu réconciliation entre les époux, postérieurement à l'adultère, l'action était encore non recevable. Les textes ne s'occupent ordinairement que du mari pardonnant à sa femme; mais il en est de même dans l'hypothèse inverse. Ce fut d'ailleurs pendant longtemps une question délicate et classique que celle de savoir si le mari pouvait pardonner et continuer la vie conjugale. On avait, à cet égard, des scrupules très vifs et dont l'origine était fort lointaine. Il faut, en effet, les attribuer en partie à l'influence persistante qu'avait exercée dans le monde romain la disposition de la loi *Julia*, punissant le mari lorsqu'il ne répudiait pas la femme adultère ². Ils venaient aussi de cette idée que c'était profaner le corps du mari, représentant les membres du Christ lui-même, que de le souiller au contact de la femme adultère. Les *libri poenitentiales* punissent dans certains cas une telle conduite. Cependant l'esprit de clémence finit par l'emporter; cette solution était inévitable, alors qu'on défendait à l'époux trompé de contracter une nouvelle union. Telle est la doctrine d'Yves de Chartres ³. Pierre Lombard ⁴ et Gratien ⁵ l'enseignent également, quoique ce dernier y apporte

1. *Bern. Pap., Summa decretal.*, p. 188 : « Et hoc puto in iudicio ecclesiastico ; aliter in seculari, quia lex eum ob lenocinium non repellit. »

2. Saint Augustin, *De adulter. conjugis*, l. II, c. ix : « Verum ecce non fiat (reconciliato), nemo compellit, quia forte lex aliqua hujus sæculi vetat, secundum terrenæ civitatis modum, ubi cognitata non est abolitio criminum per sanguinem sanctum. »

3. *Ep. CCXXII*, col. 226 ; *Ep. CXXV*, col. 137 ; *Ep. CLV*, col. 158 ; *Ep. CXLVIII*, col. 153 ; *Ep. CLXXXVIII*, col. 193.

4. *Sent., lib. IV*, D. XXXV, C, D, E.

5. C. 1-x, C. XXXII, qu. 1.

une légère restriction ¹ ; c'est la solution définitive des Décrétales ².

La seconde cause de divorce était la *fornicatio spiritualis*, c'est-à-dire l'apostasie ou l'hérésie de l'un des époux ³. Nous avons vu que les premiers interprètes avaient élargi cette idée. Ils admettaient que le *divortium* pouvait être demandé par un époux toutes les fois que son conjoint le poussait à commettre un délit. Les décrétalistes conservèrent-ils cette règle? Quelques-uns, comme Innocent IV, la tenaient pour certaine ⁴ ; mais d'autres docteurs la repoussaient nettement, ou la considéraient comme fort douteuse ⁵. Dans tous les cas, c'était là une interprétation large de la notion de *fornicatio spiritualis*; ce n'était pas une cause de divorce parfaitement distincte de celle-ci. Aux deux premières qui viennent d'être signalées, la doctrine en ajouta cependant une troisième : ce furent les sévices graves commis par un des époux contre l'autre.

Le point de départ de cette doctrine paraît se trouver dans l'interprétation du texte par lequel débute aux Décrétales le

1. *Dictum* sur c. x, C. XXXII, qu. 1 : « Quod si illa adulterio perseverare elegerit, patronus turpitudinis et lenocinii reus maritus habebitur nisi eam adulterii ream facere voluerit. » Gratien joint à cela la citation d'une constitution des empereurs Sévère et Antonin, rendue par interprétation de la loi *Julia*.

2. C. III, VII, X, *De adulter.*, V, 16.

3. C. I, VI, VII, X, *De divort.*, IV, 19.

4. Sur c. II, X, *De divort.*, IV, 19 : « Trahendo eam idolatriam; idem est et si ad aliquod peccatum. »

5. Panormit., sur c. I, X, *De divort.*, IV, 19, n° 2 : « Nota hic regulam quod quaecunque delictum committat alter conjugum, non potest alius ob hoc petere separationem conjugii etiam quoad torum, fallit in delicto fornicationis, sive sit fornicatio carnalis, sive sit fornicatio spiritualis. » Mais il ajoute un peu plus loin : « Quod si maritus conatur uxorem ducere ad aliud delictum præter hæresim numquid uxor poterit ob hoc petere separationem quoad mutuum cohabitationem? Innocentius sentit quod sic... et satis potest dici quod si non potest compesci ab ista violentia potest fieri separatio, nam præsumptio est cujusdam infidelitatis, si persistit conjux in trahendo conjugem ad delictum, nec ab hac pravitate compesci potest. »

titre *De divortiiis* ¹. Ce texte n'est pas autre chose que le chapitre du décret de Verberie sur la femme qui a comploté la mort de son mari, modifié par Raymond de Pénafort de manière à le mettre d'accord avec la règle de l'indissolubilité absolue ². Tel qu'il est rédigé sous cette nouvelle forme, il ne parle pas de séparation; il dit seulement que le mari pourra se remarier après la mort de sa femme coupable, et que celle-ci ne le pourra pas après la mort de son mari. Cependant, dans ce cas, il était bien impossible d'admettre la continuation de la vie commune. Selon les docteurs, le mari pouvait alors, de sa propre autorité, abandonner sa femme et, si celle-ci demandait la *restitutio*, il pouvait lui opposer une exception dite *exceptio sævitæ* : mais, cela étant admis, il était plus régulier de faire ici encore intervenir le juge et de faire de ce cas une nouvelle cause de divorce.

[C'est en ce sens que s'était engagé le droit classique : Alexandre III ³ avait accordé la séparation de corps au cas où l'on craignait pour la vie d'un des conjoints, et même au cas où l'un d'eux tentait d'entraîner l'autre à commettre des actes délictueux. Grégoire IX ⁴ prononce la séparation de corps dans une espèce où l'un des époux avait attenté à la vie de l'autre. Un courant qu'attestent Bernard de Pavie et Innocent IV se forme en ce sens au début de l'époque classique : les conjoints sont séparés tant que le coupable demeure dans son crime. Mais les docteurs postérieurs reviennent en arrière et restreignent le *divortium quoad torum* aux seuls cas d'adultère et de fornication spirituelle. Il faudra attendre Panormitanus pour admettre la séparation de corps pour haine capitale :] en élar-

1. C. I, X, *De divort.*, IV, 19.

2. Ci-dessus, t. II, p. 78, note 3. Dans le texte inséré aux décrétales de Grégoire IX, au lieu des mots « potest, ut nobis videtur, ipsam uxorem dimittere, et si voluerit aliam ducere », on lit : « potest ipse, *post mortem uxoris*, si voluerit aliam ducere. »

3. [X, 2, 13, 8; Coll. S. Germanensis, lib. IX, c. 83.] J. D.

4. [Reg. n° 1730, 23 janv. 1234; Dauvillier, *op. cit.*, Paris, 1933, p. 311 et 349.] J. D.

gissant l'hypothèse de l'*exceptio sævitæ*, et en s'appuyant sur un autre texte, Panormitanus ¹ en arriva à décider que le *divortium quoad torum* pourrait être prononcé toutes les fois qu'il existerait une haine capitale entre les époux et qu'il serait à craindre de les voir attenter à la vie l'un de l'autre ². Mais on n'alla pas plus loin. Le *divortium* ne pouvait être prononcé que s'il y avait péril pour la vie de l'un des époux ³.

[Pour remédier à l'étroitesse du droit classique, le juge séculier n'avait pas hésité, au témoignage de Beaumanoir, à permettre une séparation de fait, en délivrant à la femme les biens de la communauté, pour sa subsistance, « quant les resons sont resnables » ⁴. Ce remède d'ordre prétorien allait pénétrer aussi dans la juridiction ecclésiastique, mais en se maintenant en dehors du droit des décrétales : dans la jurisprudence des officialités entre 1384 et 1387 à Paris, depuis 1390 jusqu'au début du xvi^e siècle à Troyes, s'édifie un système de séparation de corps pour inimitié, excès, sévices, ou déchéances qui rendent impossible la cohabitation. Cette séparation, qui repose sur l'*arbitrium judicis* et ressortit à la juridiction gracieuse et non contentieuse, n'est

1. C. xiv, X, *De rest. spol.*, II, 13 ; ci-dessus, t. II, p. 18, note 4.

2. Panormit., sur c. 1, X, *De divort.*, n° 4 : « Sed quero quid si in mortem mariti mulier continue insidiatur, nec potest quoquo modo compesci, numquid liceat hoc casu marito eam deserere? Textus hic non aperit, sed Hostiensis format quæstionem et dicit, quod ex quo cautionis remedio provideri non potest, potest eam rapellere et sibi petenti restitutionem obstat exceptio sævitæ; pro hoc bonus textus in c. *Litteris*, in fine *De rest. spoliat.*, ubi videtur probare idem fore in marito prosequente uxorem odio capitali, et per illum textum dico quod per judicem hoc casu poterit separari matrimonium quoad mutuam cohabitationem, et notabis specialiter illum textum in fine quem nescio alibi; remanebunt tamen vir et uxor licet separati. »

3. [Panormitanus refusa notamment de considérer comme une cause de maladie grave, la lèpre, qui avait été à l'époque franque une cause de divorce. Voir *supra* p. 76 ; H. Gagé, *La séparation de corps dans l'ancien droit français*, Paris, 1914, p. 70 et s.]

4. [N°s 1629 et 1630, édition Salmon.] J. D.

jamais dénommée *divortium quoad torum*, mais porte les noms de *separatio quoad bona salvo jure thori*, *divortium quoad bona et mutuam servitutem*. Elle emporte séparation d'habitation, mais n'entrave pas la suppression du devoir conjugal, et elle a un caractère parfois temporaire, et toujours révocable ¹.

Au xvi^e siècle, peut-être sous l'influence de cette jurisprudence, la conception finit par s'élargir; certains canonistes admirent] qu'il suffisait, pour le divorce, d'une *nimia sævitia*, sauf à discuter ce qu'il fallait entendre par là. On se demandait surtout si des coups suffisaient, spécialement à l'égard de la femme; mais l'opinion dominante tendait à laisser la détermination de ce point à l'arbitraire du juge. Le droit canonique n'alla pas plus loin ² et arrêta là la liste des causes de *divortium quoad torum*.

[Le droit des décrétales se refusa notamment à admettre la validité de la séparation consensuelle. Innocent III ³ et Grégoire IX ⁴ s'élèvent énergiquement contre cette pratique, qui persista dans les mœurs pendant tout le xiii^e siècle. Non seulement le juge doit prononcer la nullité de cette séparation amiable, mais il doit intervenir d'office et enjoindre à peine d'excommunication aux conjoints séparés

1. [Richardot, *Les pactes de séparation amiable entre époux*, Paris, 1930, p. 76 et s.] J. D.

2. Gonzalez Tellez, sur c. 1, X, *De divort.*, IV, 19 : « Quæ autem dicatur nimia sævitia non facile constat apud interpretes, qui primo examinant an ex causa verberum divortium peti possit ab uxore. Et negant Baldus, Rolanus, Tiraquellus; affirmant Uranius, Alexander. Sed verius distinguendum est : aut ex gravi causa et leviter, aut ex levi causa et crudeliter uxor verberibus afficitur. Primo casu divortio locus non est, quia modica castigatio maritis permissa est. Secundo vero casu, cum nimia coercitio culpæ annumeretur, divortio locus est... Alias vero causas sævitæ, ob quas matriomnium solvi possit, arbitrio judicis, qui pro qualitate personarum et ingeniorum diversitate eas ætimare debet, relinquunt Covarruvias et Menochius. »

3. [Reg., lib. VI, n° 108.] J. D.

4. [Reg., n° 2219.] J. D.

de se réunir ¹. Pourtant, à la fin du xiv^e siècle, dans la pratique des officialités, la *separatio quoad bona* était souvent prononcée du consentement des conjoints, et le rôle de l'official se bornait à l'homologuer, après en avoir contrôlé les motifs. Le principe classique qui interdit la séparation de corps consensuelle subsiste donc, et les parties reconnaissent ne pouvoir l'instituer de leur propre autorité; mais le rôle des cours d'Église se bornait souvent à contrôler la légitimité des motifs, qui pouvaient être la seule incompatibilité d'humeur ².]

L'action par laquelle celui-ci était demandé, lorsqu'il était admis, se distinguait, par certains caractères spéciaux, de la procédure ordinaire dans les causes matrimoniales. En premier lieu, le droit d'agir n'appartenait qu'à l'époux seul qui avait à se plaindre de son conjoint ³. Secondement, pour que le divorce fût admis à raison de l'adultère (et, sans doute, il faudrait dire la même chose pour les autres causes), il suffisait de l'aveu de l'époux coupable, tandis que la *confessio* des époux ne suffisait jamais pour faire prononcer le *divortium quoad vinculum* ⁴.

IX

Les effets du *divortium quoad torum* consistaient en deux choses : 1^o les époux ne se devaient plus le devoir conjugal;

1. [Richardot, *op. cit.*, p. 66; Dauvillier, *op. cit.*, p. 354.] J. D.

2. [Richardot, *op. cit.*, p. 93; Le Picard, *La communauté de la vie conjugale, obligation des époux*, Paris, 1929, p. 53 et s., et compte rendu des deux ouvrages par Le Bras, *Revue historique de droit*, 1931, p. 743 et s.] J. D.

3. Hostiensis, *Summa*, p. 387 : « Talis adultera accusarit potest quoad penam legalem vel canonicam infligendam et tunc quilibet admittitur... sed quoad divortium separandum non admittitur aliquis nisi maritus. » Ci-dessus, t. I, p. 453.

4. Panormit., sur c. III, X, *De divort.*, n^o 2 : « Ubi agitur de adulterio ad separationem tori valet confessio solius conjugis; nam ad solam confessionem mulieris fuit hic separatum matrimonium quoad torum. Secus est ubi agitur de substantia vinculi; ratio diversitatis est quia primo casu solum tractatur de præjudicio continentis. »

2° ils étaient libérés de l'obligation de cohabitation et des obligations secondaires qui dérivent de celle-ci, de ce que l'on appelait la *mutua servitus*¹. Mais ces effets n'étaient point considérés comme formant un tout indivisible. Dans le divorce par consentement mutuel, intervenant *religionis* ou *orationis causa*, on admettait, comme je l'ai dit plus haut, que l'obligation de cohabitation subsistait, bien que l'obligation au devoir conjugal disparût². A l'inverse, certains canonistes s'étaient demandé, lorsque le *divortium* était prononcé pour *fornicatio spiritualis*, si l'époux libéré du devoir de cohabitation ne devait pas encore le devoir conjugal sur la réclamation de son conjoint; mais l'opinion commune s'était prononcée contre cette distinction³.

Le *divortium* laissait-il subsister l'obligation alimentaire entre les époux? Les principes semblent conduire à l'affirmative, et c'est ce que décide Gonzalez Tellez dans le cas d'un divorce prononcé pour *sævitia*⁴; mais le contraire est dit dans un jugement de l'officialité de Cerisy, de l'année 1371⁵,

1. Hostiensis, *Summa*, p. 388 : « Effectus ejus sententiæ est quod maritus absolvitur ab ejus cohabitatione et servitute mutua. »

2. Ci-dessus, t. II, p. 104.

3. Panormit., sur c. 1, X, *De divort.*, n° 4 : « Quæritur tertio, si separetur matrimonium propter fornicationem spiritualem, numquid innocens sit absolutus a redditione debiti carnalis? Quidam tenuerunt quod non, sed tantum a mutua servitute, quia Christus solum excipit delictum fornicationis; contrarium hic tenet Hostiensis et melius, quia licet exceperit fornicationem, non tamen distinxit inter spiritualem et carnalem; unde favore fidei debemus intelligere de spirituali. »

4. Sur c. 1, X, *De divort.*, n° 12 : « Divortio facto, maritus tenetur præstare alimenta uxori. »

5. *Registre*, n° 428, p. 350 : « Cum nobis (constet) tam per confessionem Johannis Moulin et Thomassie relicte Germani Guesdon quam alias matrimonium per carnalem copulam inter ipsos nullatenus fuisse consummatum, dictumque Johannem in legem matrimonii predicti peccasse contra... talem carnaliter cognoscendo, dictamque Thomassiam simile delictum non commisisse, dictumque matrimonium inter ipsos non fuisse reconciliatum; ea propter ad instanciam, petitionem et requestam dicte Thomassie, divortium quoad torum et bona, mutuam servitutem et *alimentorum exhibitionem*,

qui confirme avec une grande précision la plupart des autres points que j'ai relevés jusqu'ici¹.

Les effets de ce *divortium* étaient-ils irrévocables et définitifs? Ils ne l'étaient certainement pas, en ce sens qu'une réconciliation volontaire pouvait toujours intervenir entre les époux, et alors la vie commune reprenait, avec toutes les obligations qu'elle entraîne. Mais la question se posait autrement et sous cette forme : En dehors de la volonté concordante des deux époux, les effets du divorce pouvaient-ils être écartés, et la vie commune imposée de nouveau? Pour y répondre, il fallait d'ailleurs examiner plusieurs hypothèses distinctes.

On se demandait d'abord si, le divorce ayant été prononcé pour adultère, l'époux innocent pouvait après coup renoncer au jugement qu'il avait obtenu, et, pardonnant à l'époux coupable, forcer celui-ci à reprendre la vie commune. Gofredus, après avoir exposé le pour et le contre, conclut dans le sens de l'affirmative, en supposant que l'époux innocent est le mari²; et Panormitanus donne la même solution en termes généraux³. Mais on ne s'arrêtait pas là. En supposant que l'époux, qui avait obtenu le divorce pour adultère de son conjoint, venait postérieurement à se rendre lui-même coupable de fornication, la réconciliation paraissait encore

inter ipsos tenore presentium celebramus; injungentes eisdem et eorum quilibet... ac etiam decernentes quatenus segregatim, continenter et caste de cætero vivant quousque matrimonium supradictum copula carnali vel alias fuerit reconciliatum. »

1. Le *divortium quoad torum* se présentait toujours dans les temps anciens accompagné d'une demande en restitution ou attribution de la dot; voyez Hostiensis, *Summa*, p. 387 et s.; mais je laisse ce point de côté, ne traitant pas ici du mariage quant aux biens.

2. *Summa*, p. 192 : « Puto in quæstione præmissa virum posse reconciliare uxorem etiam invitam. »

3. Sur c. III, X, *De divort.*, IV, 19, n° 12 : « Possit et invita (uxor) reconciliari marito, licet fuerit separata judicio Ecclesiæ; nam illa sententia separationis fuit lata in favorem non delinquentis, ideo non debet retorqueri in ejus læsionem, maxime cum duret vinculum matrimoniale. »

s'imposer. Un texte le décidait formellement ainsi¹, et cela était conforme à l'esprit de l'Église qui tâchait, par tous les moyens, d'empêcher la fornication. On pouvait ajouter que les choses en étaient venues à un état qui, s'il eût existé lors de la sentence, aurait rendu la demande en divorce inadmissible. Certains docteurs allaient jusqu'à dire que l'époux même contre lequel avait été rendue la sentence pouvait alors demander contre son conjoint la *reassociatio*². Mais cela sembla généralement exorbitant; on s'en tira en disant que, si l'époux condamné ne pouvait pas réclamer l'autre époux, devenu également coupable, le juge pouvait d'office imposer la *reconciliatio*³. Il résultait de là, comme l'observe Panormitanus, que la sentence ici, comme lorsqu'il s'agissait de la validité ou de la nullité d'un mariage, n'avait point véritablement force de chose jugée; ou, du moins, le divorce n'était prononcé que conditionnellement, à condition que les époux vivraient *continenter*.

Une question semblable se présentait lorsque le divorce avait été prononcé à raison de la *fornicatio spiritualis*. Si l'époux hérétique se convertissait, n'avait-il pas le droit de demander la *reassociatio*? Il semble qu'on eût dû répondre

1. C. III, X, *De divort.*, IV, 49.

2. Gofredus, *Summa*, p. 192 : « Pone quod uxor separetur per sententiam a viro propter fornicationem spiritualem vel carnalem, postea vir similiter fornicatur, numquid potest mulier virum repetere cum effectu, sententia non obstante? » — Cf. Hostiensis, *Summa*, p. 388 : « Potest (maritus) intrare religionem et in seculo vivere continenter; alias enim cogitur recuperare, etiamsi jurasset eam non recipere. »

3. Gofredus, *Summa*, p. 192 : « In hac quæstione scripsit frater Raymundus in *Summa* sua credere quod Ecclesia ex officio suo compellere debeat virum ad uxorem redire. » — Panormit., sur c. v, X, *De divort.*, n° 11 : « Sed opinio communior et favorabilior est ut matrimonium reintegretur saltem officio iudicis, quod tenet Innocentius et hoc satis mihi placet, ne isti sic separati incidant in adulterium. Et quia, stante vinculo matrimoniali, non potest dici quod injuria sit illata mulieri seu ipsi matrimonio, et ideo debet fieri hinc inde compensatio, et ex hoc nota quod sententia fuit lata super separatione matrimonii quoad torum, non tamen transit ex toto in rem judicatam. »

affirmativement, en appliquant *a fortiori* les principes que je viens d'exposer; c'est, en effet, ce que décide très nettement un texte aux décrétales de Grégoire IX, ainsi que la glose ordinaire qui l'accompagne¹. Cependant, cette solution faisait difficulté et quelques-uns la repoussaient, parmi les meilleurs canonistes². La raison était qu'un autre texte³ décidait en pareil cas que l'époux fidèle, séparé *judicio Ecclesiæ* de son conjoint apostat, ne devait en aucune façon, après le retour à la foi de celui-ci, être forcé de reprendre la vie commune. Mais ce texte, je l'ai dit plus haut, avait été conçu d'après l'opinion qui, jadis, avait admis dans ce cas un véritable divorce *quoad vinculum*.

L'époux qui avait obtenu un jugement prononçant le divorce *quoad torum* et qui voulait éviter la réconciliation forcée avait pour cela un moyen absolument sûr : c'était de se faire religieux⁴. Du moment où il avait été séparé *judicio Ecclesiæ*, il était *liberatus a mutua servitute* et pouvait, sans consulter son conjoint, embrasser la vie religieuse, qui constituait pour lui un état définitif.

[Dans l'hypothèse d'*affinitas superveniens* après mariage consommé, Alexandre III imposait, tout au moins si l'inceste avait été public et commis avec un parent de l'autre conjoint au premier degré, une séparation de corps obligatoire. Cette séparation ne dépendait pas de la volonté du conjoint innocent, qui, dès qu'il avait connaissance de l'inceste, était privé du droit d'user du mariage⁵. Cette discipline ne relève pas des règles de la séparation de corps, mais apparaît comme une survivance d'une conception toute différente : l'*affinitas superveniens* ne rompait plus le mariage consommé, puisqu'on

1. C. VII, in fine, X, De divort., IV, 19; cf. c. fin., X, De convers. conjug., III, 32.

2. Panormit., sur c. VI, X, De divort., IV, 19.

3. C. VI, X, De divort., IV, 19, ci-dessus.

4. C. fin., X, De convers. conjug., IV, 32.

5. [Compil. I^a, 4, 20, 6; X, 2, 23, 12; Compil. I^a, 4, 13, 5; Compil. I^a, 4, 13, 2; Compil. II^a, 4, 7, 1.] J. D.

en proclamait l'indissolubilité, mais en interdisait l'usage. Innocent III consacre la pensée d'Huguccio en faisant de l'*affinitas superveniens* un cas de séparation de corps pour adultère. Le conjoint innocent peut maintenir l'usage du mariage, car il ne peut être privé de son droit en dehors de sa faute ¹.

Cependant, la conception ancienne de l'*affinitas superveniens* subsiste dans la législation locale jusque dans la première moitié du XIV^e siècle, et peut-être même au delà. C'est ce que nous apprennent les statuts synodaux de Rodez rédigés en 1289, et adoptés sous Jean XXII dans les diocèses de Cahors et de Tulle ², et aussi un jugement de l'Échiquier de Normandie dont on peut seulement dire qu'il est antérieur à 1403 ³.]

1. [Reg. lib., VI, n° 11; X, 4, 13, 10.] J. D.

2. [Mansi, t. XXIV, col. 1013.] J. D.

3. [Génestal et Tardif, *Atiremens et jugiés d'eschequiers*, § 45, p. 46. Sur toute la question de l'*affinitas superveniens*, Dauvillier, *op. cit.*, p. 312 et s. et 357 et s., et compte rendu de la *Semaine de Droit normand*, *Revue historique de droit*, 1934, p. 735.] J. D.

CHAPITRE III

Les secondes noces. — Le concubinat.

I. Les secondes noces. La bigamie quant aux ordres. Le refus de la bénédiction nuptiale. — II. Le concubinat. Le *concubinatus* romain et l'Eglise.

Le mariage étant conclu et consommé, le droit canonique avait exclu la possibilité d'un nouveau mariage pour l'un ou l'autre des époux, du vivant de son conjoint. Mais, lorsque le *ligamen* était rompu par la mort de l'un d'eux, le survivant pouvait-il, libre désormais, contracter une nouvelle union? L'Eglise se trouva, dès les premiers temps, sollicitée par deux tendances opposées, lorsqu'elle dut prendre parti sur la question ¹. D'un côté, l'esprit du droit canonique fut de pousser d'un élan puissant les fidèles au mariage. Pour la foule, le mariage était le seul remède à l'incontinence; il semblait donc que l'Eglise dût, après la mort d'un des époux,

1. [On trouvera dans Guignebert, *Tertullien*, thèse lettres, Paris, 1901, une étude sur les sentiments des Pères relativement au mariage (p. 280 à 287) et aux secondes noces (p. 292 à 294). Voir aussi Jolly, *Des seconds mariages*, thèse droit, Paris, 1906; Rosambert, *La veuve en droit canonique*, thèse droit, Nancy, 1923, p. 98 et s.; Guido Stanghellini, *L'esaluzionale giuridico canonico nelle seconde nozze* (*Archivio giuridico*, X, I, 1908); E. Bickel, *Protogamia. Zum Montanismus und Donatismus in Afrika*, Hennes, 1925, p. 426-440; Siciliano Villanueva, *Le seconde nozze della vedova « intra tempus luctus » e il valore derogatorio del diritto canonico nella dottrina intermedia*, Studi Fadda, Naples, 1906, III, p. 61.]

non seulement permettre, mais conseiller et presque ordonner au survivant un nouveau mariage. Mais, d'autre part, le commerce des sexes, même en état de légitime mariage, apparaissait aux Pères de l'Église, et plus tard à ses théologiens, comme quelque chose d'impur ¹ : le mariage constituait un état très inférieur à l'état de continence. S'il était nécessaire à la plupart des hommes, n'était-ce pas assez de le permettre une fois à chaque personne, et la récidive n'était-elle pas un abus? Ajoutez à cela que le principe de monogamie, dans sa plus complète et plus haute expression, conduit à cette conséquence que, deux époux s'étant unis, chacun d'eux ne doit jamais recevoir un autre époux et doit rester fidèle à son conjoint non seulement pendant la vie de celui-ci, mais encore après sa mort. Cette logique sentimentale s'était introduite, au témoignage de Tacite, dans les mœurs des Germains ²; et le droit sacré des Romains l'avait imposée, en même temps que l'indissolubilité du mariage, aux flamines et au *pontifex maximus* ³. Par la conjonction de ces diverses idées, on comprendrait très bien, en logique, que le droit canonique eût interdit les seconds mariages.

De ces deux tendances, ce fut la première, la plus humaine,

1. Pierre Lombard, *Sent., lib. IV*, D. XXXI, F : « Quando enim, servata fide tori, causa prolis conjuges conveniunt, sic excusatur coitus ut culpam non habeat. » D. XXXI, H : « Sed forte aliquis dicet omnem carnis concupiscentiam et delectationem, quæ est in coitu, malum esse et peccatum; quia ex peccato est et inordinata. Et nos dicimus illam concupiscentiam semper malum esse, quia fœda est et pœna peccati; sed non semper peccatum est. » C. VII, C. XXXIII, qu. 4 (lettre douteuse de Grégoire I^{er}; voyez Friedberg, p. 1248, note 44), et la glose sur ce texte, v^o *Voluptate* : « Et ita coitus non potest fieri sine peccato. Hic applaudit sibi Hu(gutio) et sumit opinionem quod nunquam opus conjugale sine peccato potest exerceri, unde etiam qui debitum reddit peccat venialiter. » [Voir G. Le Bras, article *Mariage* du *Dictionnaire de théologie catholique*, t. 9, col. 2154, 2188 et s.]

2. *De mor. Germ.*, c. 19.

3. Tertullien, *De monog.*, c. XVI : « Certe flaminica non nisi univira est, quæ et flaminis lex est. Nam cum ipsi pontifici maximo iterare matrimonium non licet, utique monogamiæ gloria est. »

qui l'emporta. Cela était inévitable, car elle seule pouvait répondre aux nécessités de la vie. Mais elle ne l'emporta point sans lutte ¹. Quoi qu'il en soit, voici les résultats auxquels aboutit le droit canonique de l'Église occidentale.

Il laissa pleinement ouverte à l'époux survivant la faculté de contracter un nouveau mariage, que celui-ci, d'ailleurs, fût pour l'époux remarié une seconde, troisième, quatrième ou subséquente union ². Il appela *secundæ nuptiæ* tout mariage qui était contracté par une personne postérieurement à un premier mariage, et les docteurs disaient que même un millièmè mariage serait en droit possible et légitime ³. Nous avons vu également que le droit canonique dispensa la femme veuve d'attendre l'année de deuil, sous peine d'infamie, avant de convoler en secondes noces ⁴. Mais, cependant, il considérait tout second ou subséquent mariage

1. Zbishmann, *op. cit.*, p. 400 et s.; Perrone, *op. cit.*, t. III, p. 74 et s.

2. [Le droit canonique oriental avait prohibé, sinon le second mariage, du moins le troisième ou le quatrième. Et cette règle avait été apportée à l'Église anglo-saxonne par Théodore, archevêque de Canterbury, au VII^e siècle. Elle fut insérée dans plusieurs pénitentiels et passa ainsi dans l'Église franque, mais pour y disparaître de bonne heure. Cette influence de Théodore de Canterbury a été signalée par Paul Fournier dans une communication faite à la Société d'histoire du Droit (*Rev. hist. de droit*, 1924, p. 364), publiée dans les *Mélanges Schlumberger*, Paris, 1924 (*Quelques infiltrations byzantines dans le droit canonique de l'époque carolingienne*). Voir sur ces dispositions des Pénitentiels, Rosambert, *La veuve en droit canonique*, p. 129 et s. L'influence de ces idées se fait encore sentir dans la *Collection en V livres* au XI^e siècle. Abbon de Fleury est hésitant (*P. L.*, CXXXIX, 464). Mais Pierre Damien réagit rigoureusement. Voir Le Bras, *Mariage*, col. 2131 et 2133.]

3. Gofredus, *Summa*, p. 194 : « Est autem sciendum quod secundæ nuptiæ et tertiæ et ulterius permittuntur, dummodo nullum legitimum subsit impedimentum. Unde Hieronymus : Non damno bigamos nec trigamos, nec, si dici potest, octogamos, et Dominus septemvirum non damnavit. » — Hostiensis, *Summa*, p. 399 : « Quæ dicuntur secundæ nuptiæ ? Et quidem quæcumque sequuntur primas secundæ dicuntur, etiam si millesimæ sint. »

4. Ci-dessus, t. I, p. 447. Voyez cependant Hostiensis, *Summa*, p. 399 v^o.

comme entraînant une certaine déchéance morale de l'individu, et traduisait cette idée par des effets juridiques ou des signes extérieurs. Cela se résumait en deux règles.

1° L'homme qui s'était marié deux fois ne pouvait pas être admis aux *ordines sacri*. Il était dit bigame, et cette bigamie lui fermait l'accès des ordres sacrés ¹. D'ailleurs, la même irrégularité atteignait celui qui ne s'était marié qu'une fois, mais qui avait épousé une veuve ou une fille *corrupta* : celui-là seul y échappait, quoique marié, qui avait contracté *cum unica et virgine*. Le clerc *in minoribus constitutus* qui se remariait ou se mariait dans les mêmes conditions (et ce mariage était valable) perdait, en plus, deux des privilèges que le droit canonique accordait aux clercs, le *privilegium canonis* et le *privilegium fori*; une des conditions essentielles pour que le *clericus conjugatus* conservât ces privilèges était, ici encore, qu'il eût contracté *cum unica et virgine* ².

2° La bénédiction nuptiale est refusée aux seconds mariages ³. Cette règle, qui était très ancienne ⁴, semble bien avoir été dictée par cette idée que la bénédiction ne doit être donnée qu'aux époux qui contractent en état de virginité ⁵.

1. DD. XXXIII, XXXIV; Hostiensis, *Summa*, p. 398 : « Sequitur tamen irregularitas et ideo promoveri non potest ad ordines sacros. » [Cette irrégularité est traditionnellement appelée *irregularitas ex defectu sacramenti*; ce qui suppose que le second mariage n'a pas le caractère sacramentel. En effet, le second mariage ne peut être une représentation de l'union unique du Christ et de l'Eglise. Ainsi Hugues d'Amiens (*Contra hæreticos*, III, 4; *P. L.*, CXCII, col. 1289) professe que le second mariage est valable et licite, mais n'a point le caractère sacramentel. G. Le Bras, *Mariage*, col. 2143.]

2. C. I, VI, *De cleric. conj.*, III, 8. [Sur la perte du privilège par bigamie, voyez Génestal, *Le privilegium fori en France du Décret de Gratien à la fin du XIV^e siècle*, t. I, p. 62-81. (Bibl. de l'Ecole des hautes études (Sciences religieuses), t. XXXV, 1921.)]

3. C. I, III, X, *De sec. nupt.*, IV, 21.

4. Voyez le passage d'Hincmar de Reims, cité t. I, p. 107, note 4. — C. VIII, C. XXXI, qu. 1 (concile de Néo-Césarée).

5. Hostiensis, *Summa*, p. 399 : « Vel dic quod illicitæ sunt (secundæ nuptiæ) quoad benedictionem, quia nisi virgo cum virgine contraxerit non debet sacerdos interesse, id est non debet benedictionem præbere. »

Mais ce n'est point le principe qui se dégagea. Il eût conduit logiquement à refuser la bénédiction nuptiale à des époux qui se mariaient pour la première fois, mais qui certainement n'étaient plus vierges ¹; la bénédiction eût dû être également refusée aux personnes qui se mariaient pour la seconde fois, mais qui n'avaient pas reçu la bénédiction lors de leur premier mariage, comme il arrivait souvent dans le droit ancien. Or, justement dans ces deux hypothèses elle était accordée ². On s'attacha à une autre idée, à savoir que la bénédiction nuptiale ne devait point, par elle-même, être renouvelée; elle ne devait être donnée qu'une fois à la même personne. Quelle raison pouvait-on en fournir? La glose de Bernard de Pavie en donne le motif qu'un sacrement ne doit point être réitéré ³. Mais il était doublement erroné, et parce que la bénédiction nuptiale n'est pas un sacrement ⁴, et parce que certains admettent la répétition ⁵. On ne paraît pas d'ailleurs avoir trouvé de justification meilleure, mais on s'attacha à ce principe, et on lui fit produire ses conséquences logiques, celles que j'ai indiquées plus haut, et d'autres encore. Ainsi, l'on décidait que la bénédiction ne serait pas donnée aux personnes qui contractaient après un premier mariage déclaré

1. Hostiensis, *Summa*, p. 399 : « Ergo, sive vir, sive mulier, ad bigamiam transeat, quia notorium est eum vel eam corruptam esse, benedictio non præstatur. »

2. Hostiensis, *Summa*, p. 399 v° : « Quid ergo si duo ad bigamiam transeant, qui tamen nunquam fuerunt benedicti? Utique tales poterunt benedici. »

3. Glose sur c. 1, X, *De sec. nupt.*, v^{is} *Cum secunda* : « Non debent benedici secundæ nuptiæ ad exhortationem continentiæ... et alia ratio est quia sacramentum iterari non debet. »

4. Panormit., sur c. 1, X, *De sec. nupt.*, n° 9 : « Sentit per hoc glossa quod benedictio, quæ impenditur nuptiis, sit sacramentum, quod non approbat Joh(annes) And(reæ) et bene. Non enim reperitur inter septem sacramenta Ecclesiæ, sed potius est quoddam sacramentale, id est sacræ rei signum, ipsum tamen matrimonium sacramentum est. »

5. Gofredus, *Summa*, p. 195 : « Alias quare non possit iterari benedictio nuptialis, cum alia sacramenta iterentur, scilicet pœnitentia, extrema unctio, manus impositio ordinatoria vel reconciliatoria ? »

nul et non consommé, mais à l'occasion duquel elles avaient cependant été *benedictæ* ¹. De même on décidait que, si, de deux époux, l'un seulement convolait en secondes noces, l'autre se mariant pour la première fois, la bénédiction nuptiale ne serait pas donnée ². En la donnant, on l'aurait nécessairement réitérée à l'égard de l'un des conjoints. On prétendait d'ailleurs ne point priver l'époux monogame du bienfait de la bénédiction : l'autre époux avait été déjà béni et, par l'*unitas carnis* qu'entraînait la consommation du mariage, il communiquait à son conjoint les effets de cette bénédiction antérieure ³. Il résultait de cette conception que le refus de la bénédiction n'était plus réellement considéré comme une peine des secondes noces ou comme un signe de la virginité perdue ; il résultait d'une logique spéciale quant à la nature de la bénédiction elle-même ⁴. Il se maintint d'ailleurs assez longtemps, sur ce point, des coutumes divergentes. Bernard de Pavie nous apprend que, dans certaines églises, pour savoir si la bénédiction serait ou non donnée aux époux, on ne s'attachait qu'à la condition de la femme : il fallait et il suffisait qu'elle contractât un premier mariage pour que la bénédiction intervint ⁵. Hostiensis signale le même usage,

1. Hostiensis, *Summa*, p. 399 : « Sed si duo contrahant matrimonium et ambo benedicantur, demum ante consummatum matrimonium fertur divortium propter impedimentum consanguinitatis probatum vel aliud canonicum, et uterque ipsorum convolat ad secunda vota, numquid benedictio dabitur in secundis nuptiis? Et videtur quod sic... Sed contra... Nuptiæ non dicuntur proprie benedici sed ipsæ personæ et non potest negari quin benedictæ sint istæ personæ. »

2. C. III, X, *De sec. nupt.*, IV, 21.

3. Hostiensis, *Summa*, p. 399 : « Et ideo si alter eorum secundo contrahat, non dabitur benedictio, nam caro benedicta trahet ad se non benedictam, ut sit tota una simul effecta per carnis copulam. » Cf. Panormit., sur c. III, X, *De sec. nupt.*, n° 1.

4. Hostiensis, *Summa*, p. 399 : « Non tamen est vis in corruptione sed in benedictione... Ergo non est vis nisi in benedictione jam recepta quæ iterari non decet... Non est vis in bigamia sed potius in benedictione. »

5. *Summa decret.*, p. 194 : « Est tamen quarundam ecclesiarum consue-

et il ajoute que, dans certaines églises, on bénit indistinctement tous les mariages ¹.

II

En même temps qu'elle favorisait et réglementait le mariage légitime en lui donnant une solidité qu'il n'avait jamais eue, l'Église avait été amenée à condamner sévèrement ce qui en est la contrefaçon, c'est-à-dire le concubinage. Le droit canonique considère comme un délit tout commerce sexuel en dehors du mariage; que les relations entre l'homme et la femme non mariés soient durables ou passagères, elles sont toujours une *fornicatio*, à moins qu'à raison de la qualité des coupables ou à raison des circonstances elles ne constituent un délit plus grave ². Cependant, cette règle absolue fut lente à se fixer. Pendant plusieurs siècles, lorsqu'elle était encore sous l'influence directe des lois et des

tudo ut non ad virum sed ad mulierem consideratio habeatur; nam mulier primo nubens benedicatur, cuicumque nubat, sive agamo, sive monogamo, sive bigamo; mulier vero secundo nubens non benedicatur. » [La défaveur du second mariage se marquait encore parfois au XIII^e siècle par l'imposition d'une taxe que devaient payer à l'évêque les veuves qui se remariaient. Mais la papauté intervint pour faire disparaître cette coutume. *Collectio Brugensis*, 4, 6 (Friedberg, *Canonessammlungen*, p. 141), Lucius III à l'archevêque de Reims : « Accepimus.. quod... Viziliacenses et Corbiniacenses abbates et de Karitate et de Silviniaco priores et monachi viduas nubere et mortuorum corpora sepeliri absque pretio non permittant ». *Registres d'Alexandre IV*, n° 2401 (1257) : « Episcopo Aniciensi inihet ne a viduis quæ matrimonium contrahunt, aliquam pecuniam extorquere præsumat. » Dauvillier, *op. cit.*, p. 119. L'Église condamnait également la pratique du charivari par laquelle s'exprimait la réprobation populaire contre les secondes noces des veuves. En 1391, l'évêque de Chartres affirme en parlement que les charivaris sont défendus par les statuts synodaux. X^e A 1475, 294 r°.]

1. *Summa*, p. 399 : « In aliquibus tamen ecclesiis observatur de consuetudine prava quod indistincte benedicuntur; in aliis non inspicunt bigamiam viri sed mulieris tantum, dicentes quod benedictio tantum mulieri præstatur; sed male dicunt quia non ad imparia judicantur. »

2. Panorm., sur c. vi, X, *Qui filii*, IV, 17, n° 12 : « Cum de jure canonico omnis coitus præter uxorium sit expresse reprobatus. »

mœurs romaines, l'Église fut hésitante quant à la manière dont devaient être traités par elle certains concubinages.

Les lois de l'Empire romain avaient, en effet, admis un concubinage légal, sous le nom de *concubinatus*. Celui-ci, qui impliquait des relations suivies entre un homme et une femme non mariés, ne produisait d'ailleurs aucun des effets civils du mariage légitime, ni la paternité civile, ni le devoir de fidélité imposé à la femme sous les peines de l'adultère ¹. Il avait pourtant été expressément visé et reconnu par les lois d'Auguste ². Mais cette reconnaissance avait une portée légale toute particulière; elle eut effet surtout pour le droit pénal. C'est un sujet d'ailleurs encore fort obscur; mais on peut distinguer, cependant, dans ses traits généraux, l'évolution qui se produisit.

Sous la République, le concubinat était un pur état de fait, la concubine n'était qu'une maîtresse, et le langage traduisait très nettement cette idée, comme l'atteste un passage de Sabinus conservé par Paul ³. Cette pure union de fait n'avait aucune valeur juridique au point de vue de la loi civile. Au

1. Paul Gide, *L'enfant naturel et la concubine dans la législation romaine*, à la suite de *l'Étude sur la condition privée de la femme*, 2^e édit., p. 547 et s. [Sur le concubinat en droit romain, voir Paul Meyer, *Der römische Konkubinat nach den Rechtsquellen und den Inschriften*, Leipzig, 1895; Castelli, *Il concubinato e la legislazione augustea*, *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, vol. XXVII (1914), p. 55 et s.; Jean Plassard, *Le concubinat romain sous le Haut-Empire*, thèse Toulouse, 1921; Bonfante, *Notu sulla riforma giustiniana del concubinato*, *Studi Perozzi*, Palerme, 1925, p. 283 et s., et *Corso di diritto romano*, vol. I, *Diritto di famiglia*, Rome, 1925, p. 231 et s. Il semble bien établi par ces travaux que sous la République et le Haut-Empire le concubinat n'ait jamais été une union légale inférieure.] J. D.

2. L. 3, § 1, D., *De conc.*, XXV, 7 : « Concubinatus per leges nomen assumpsit. »

3. L. 144, D., *De verb. sign.*, L. 16 : « Libro memorialium, Massurius scribit pellicem apud antiquos eam esse habitam, quæ, cum uxor non esset, cum aliquo tamen vivebat, quam nunc vero nomine amicam, paulo honestiore concubinam appellari. »

point de vue de la loi pénale, elle pouvait devenir un délit non par elle-même, mais à raison de la qualité des femmes qui s'y engageaient. Non seulement, si la concubine était une femme mariée, il y avait adultère; mais même, quoiqu'elle fût libre de tout lien conjugal, si elle était de condition ingénue, il y avait en principe le délit de *stuprum*. Le droit romain n'admettait pas en effet qu'il fût licite à une femme libre de naissance d'entretenir, en dehors du mariage, un commerce charnel¹ : cette règle ne cessait de s'appliquer que lorsqu'il s'agissait de femmes appartenant au monde du prolétariat ou de la prostitution proprement dite. Par là même, les femmes que l'on prenait pour concubines étaient presque exclusivement des affranchies ou même des esclaves; la condition juridique de ces dernières n'était point une gêne, puisqu'il s'agissait d'une union extra-légale et purement de fait. Pour la même raison, il n'y avait aucune règle qui empêchât un homme de prendre à la fois plusieurs concubines, pourvu que toutes fussent des femmes *in quas stuprum non committitur*. A cette même condition, un homme marié pouvait avoir, en même temps que sa femme, une ou plusieurs concubines², car l'adultère du mari n'était pas punissable par lui-même; celui-ci ne pouvait être puni que comme complice d'une femme adultère ou comme auteur d'un *stuprum*³. Le *concubinatus*, ainsi conçu et reconnu licite, était largement pratiqué chez les Romains; il s'étalait au grand jour, sans entraîner aucune défaveur dans l'opinion publique. C'était un de ces faits inévitables que les sociétés antiques, à qui la pudeur raffinée était inconnue, admettaient sans les dissimuler, alors que les sociétés modernes les relèguent dans l'ombre et s'efforcent de les ignorer.

Avec la législation réformatrice d'Auguste, cet état de choses se modifia. Des mœurs, la reconnaissance du concu-

1. Esmein, *Mélanges d'histoire du droit*, p. 96.

2. Voyez le passage de Lactance cité plus haut, t. I, p. 91, note 1.

3. Esmein, *Mélanges*, p. 74 et 92.

binat passa dans la loi. Les *Leges*, dit le texte de Sabinus, prononcèrent le nom du *concubinatus* qui, jusque-là simple expression de la langue courante, devint ainsi un terme de droit. Ces *Leges*, ce sont certainement les lois *Julia* et *Papia Poppaea*¹. Il est donc à présumer que, dans le système de peines et de récompenses civiles qu'elles organisaient, elles prenaient en considération le concubinat, fait licite et usuel, et y attachaient certains avantages soit pour l'homme, soit pour la femme; mais ce point ne peut être précisé dans l'état actuel de nos connaissances². Pour le surplus, cette législation

1. Voyez sur ce point Accarias, *Précis de droit romain*, I, p. 247.

2. [Gide, Meyer, Costa, suivis par Girard, pensent que la législation d'Auguste n'a prononcé le nom de *concubinatus* que pour l'exempter des peines portées contre le *stuprum* par la *lex Julia de adulteriis* ou pour le distinguer du mariage dans la *lex Julia* et la *lex Papia Poppaea*.

D'après Castelli, Plassard et Bonfante, la législation d'Auguste ne prononçait même pas le nom de *concubinatus*. Mais, par suite des prohibitions de mariage fondées sur la diversité de condition sociale qu'elle édictait, elle a contribué à lui donner une grande diffusion. Sous le Haut-Empire, le *concubinatus* reste en dehors du droit : c'est une union stable avec une femme *in quam stuprum non committitur* (esclave, *lena*, actrice, femme adultère ou condamnée par un jugement public, courtisane, *obscuri loco nata*, affranchie). Prendre pour concubine une femme *ingenua et honesta* constitue un *stuprum*.

Constantin et les empereurs chrétiens, par les efforts qu'ils font sous l'influence chrétienne pour abolir le *concubinatus*, le font entrer dans le champ du droit. Ils distinguent les enfants issus de cette union (*liberi naturales*) des *spurii* ou *vulgo concepti*, et interdisent les donations faites à la concubine. C'est seulement Justinien qui, pour relever cette institution et la rapprocher du mariage, en fait une union légale inférieure. En interpolant les textes classiques, il permet de prendre pour concubine une femme *honesti* sans commettre de *stuprum*. Il abroge en même temps la plupart des empêchements de mariage fondés sur la différence de condition sociale. Le *concubinatus* dès lors se distingue du mariage uniquement par l'absence d'*affectus maritalis*.

Cornil, *Droit romain*, Bruxelles, 1921, p. 130, a émis l'hypothèse que la transformation en union inférieure s'est faite dès le Bas-Empire sous l'influence des institutions orientales : mariage sans écrit du droit égyptien, et mariage sans dot des provinces orientales extra-européennes.] J. D.

ne paraît pas avoir touché au régime antérieur du concubinat. Il devait pourtant y être apporté, par voie d'interprétation, des modifications profondes qui se ramènent à cette idée : le concubinat, visé désormais par la loi, était devenu un état légal, de simple état de fait qu'il était auparavant.

L'interprétation dégagea d'abord des conséquences de cette idée au point de vue de la loi pénale. La loi *Julia, De adulteriis et stupro*, avait consolidé, en les précisant, les principes anciens quant aux délits contre les mœurs : elle avait en particulier maintenu l'ancienne notion du *stuprum*. Mais fallait-il tenir encore, comme autrefois, que tout commerce entretenu en dehors du mariage avec une femme *ingenua et honesta* était un *stuprum*, alors même qu'il se présentait sous la forme du *concubinatus*? Certains jurisconsultes le soutenaient encore au III^e siècle, et, en cela, ils étaient fidèles à la tradition ¹. Mais un raisonnement très fort se présentait en sens contraire : Comment pouvait-on voir un délit dans un mode d'union reconnu par la loi elle-même? Par cette reconnaissance, le législateur semblait bien l'avoir considéré comme licite par lui-même, indépendamment de la condition sociale des personnes unies ². Cela conduisait à reconnaître comme licite le concubinat entretenu avec une femme *ingenua honestæ vitæ*. C'est, en effet, ce qu'admet Marcien, se dégageant non sans peine des idées traditionnelles ³. C'est l'opinion qui définitivement s'était éta-

1. Ainsi Ulpien, l. 4, *pr.*, D., *De concubinis*, XXV, 7; mais il invoque l'autorité d'Atlicinius, contemporain de Sabinus et de Proculus.

2. L. 3, § 1, D., *De conc.*, XXV, 7 : « Nam, quia concubinatus per leges nomen assumpsit, extra legis pœnam est. »

3. [Le texte de Marcien est sans doute interpolé, et peut-être même précisément dans la partie alléguant que le concubinat est reconnu par les lois ordinaires, *concubinatus per leges nomen assumpsit*; mais il est impossible d'en reconstituer la teneur primitive. Castelli, *op. cit.*, p. 67; Bonfante, *Corso*, I, p. 236. D'après Plassard, *op. cit.*, p. 80-82, Papinien a soutenu, contrairement à Ulpien, que le concubinat avec une ingénue était licite et ne constituait pas un *stuprum*, *Dig.*, XXXIV, ix, 16, 1. En sens contraire, Castelli, *op. cit.*, p. 62-63.] J. D.

blie¹, puisque l'empereur Aurélien fit une loi pour défendre de nouveau le concubinat avec les femmes ingénues². Mais, en fait, cela ne fut jamais qu'une exception; les concubines furent presque toujours des affranchies ou des esclaves.

La reconnaissance légale eut également des conséquences quant à la réglementation du concubinat. Puisque c'était un état légal, on fut naturellement amené à en fixer les conditions. Par là même, l'esprit était invité à une comparaison entre le concubinat et le mariage : elle est attestée par des textes où les jurisconsultes font observer que le concubinat est possible avec certaines personnes, bien que le mariage avec elles soit interdit en vertu de dispositions particulières³; elle ressort aussi de ce qu'on écarte expressément entre concubins l'application de la règle qui défend les donations entre époux⁴ et l'*actio rerum amotarum*⁵. Cependant, on ne transporta point dans le concubinat toutes les conditions de fond exigées pour la validité du mariage. Les textes antérieurs au règne de Constantin n'en signalent que trois : il faut que la concubine soit nubile⁶; on ne peut point prendre pour concubine sa propre sœur, ni la fille de sa sœur⁷; un fils ne peut prendre pour concubine celle qui a été la concubine de son père⁸. Mais on devait aller plus loin. En vertu du prin-

1. Le titre *De concubinis* au *Digeste* contient ce texte de Paul (l. 4) : « Concubinam ex sola animi destinatione æstimari debet. » Cf. Paul, *Sentences*, II, 20 : « Concubina ab uxore solo dilectu separatur. »

2. Flavius Vopiscus, *Divus Aurelianus*, c. XLIX : « Concubinas ingenuas haberi vetuit. »

3. L. 1, § 2, l. 5, D., *De conc.*, XXV, 7.

4. L. 3, § 1, D., *De donat. inter virum et ux.*, XXIV, 1; l. 31, *pr.*, D., *De donat.*, XXXIX, 5.

5. L. 17, *pr.*, D., *Rer. amot.*, XXV, 2.

6. L. 1, § 4, D., *De conc.*, XXV, 7.

7. L. 56, D., *De ritu nupt.*, XXIII, 2.

8. L. 1, § 3, D., *De conc.*, XXV, 7; l. 4, C., *De nupt.*, V, 4. — Sans doute, dans ces cas, le concubinat prohibé devenait punissable comme *stuprum*. [Mais cela ne signifie pas qu'on le considérerait comme une union légale inférieure.] J. D.

ipe de monogamie, le concubinat se rapprochant insensiblement du mariage, on devait interdire à l'homme qui avait une épouse légitime d'avoir en même temps une concubine. En fait, c'est bien ainsi que la conscience publique entendait ces choses : on optait entre le mariage et le concubinat¹; mais il n'est point certain que cette prohibition se soit introduite dans le droit avant les empereurs chrétiens. Justinien déclare bien qu'elle était déjà édictée par l'ancien droit²; un texte des Sentences de Paul la contient même expressément³; mais ces témoignages ne sont pas décisifs⁴. Dans tous les cas, la sanction manquait, car elle n'aurait pu se présenter que sous la forme d'une accusation en adultère contre le mari, et la femme n'avait pas le droit d'intenter cette accusation. Ce qui paraît certain, c'est qu'un homme non marié pouvait avoir à la fois plusieurs concubines; c'est un fait qui ne tombe pas encore sous le coup de la loi pénale à l'époque de Justinien⁵. Enfin, le concubinat, même monogame, s'il est permis de s'exprimer ainsi, se dissolvait selon le désir des deux parties; il n'y avait pas même à parler de divorce, et cette rupture n'entraînait pas après elle de conséquences juridiques. Telle était cette institution lorsque l'Église, réglant le mariage des chrétiens, fut nécessairement appelée à porter sur elle un jugement.

Ce jugement ne se dégagea pas tout d'abord avec une netteté complète : la doctrine de l'Église oscilla entre deux ten-

1. Jul. Capitolinus, *M. Antoninus philosophus*, 29 : « Enisa est Fabia ut Faustina mortua in ejus matrimonium coiret, sed ille concubinam sibi ascivit procuratoris uxoris suæ filiam, ne tot liberis superduceret novercam. »

2. L. 3, C., *Comm. de manu.*, VII, 15 : « Hominibus etenim uxores habentibus concubinas vel liberas vel ancillas habere, nec antiqua jura, nec nostra concedunt. »

3. *Sent.*, II, 20, 1 : « Eo tempore quo quis uxorem habet, concubinam habere non potest. »

4. Justinien, en effet, ne précise point l'époque à laquelle remonte cette législation, et le texte de Paul a pu être altéré en passant dans la *Lex romana Wisigothorum*.

5. Nov. 18, c. v; Nov. 89, c. XII, § 4, 5.

dances opposées, dont on retrouve alternativement l'expression, parfois jusque dans les écrits d'un même auteur.

L'une de ces tendances poussait à reconnaître le concubinat, mais en l'assimilant au mariage, quant à l'observation des principes que l'Église considérait comme essentiels : soumis à la règle de la monogamie et à celle de l'indissolubilité, le concubinat pouvait fort bien être accepté par l'Église, car alors, en fait, il ne différait plus du mariage. Dans ce sens, les *Canones sancti Hippolyti* décident que le chrétien qui vit avec une *concubina specialis*, dont il a eu un enfant, ne peut la répudier pour épouser une autre femme, à moins qu'elle ne lui ait été infidèle ¹. Saint Augustin, quoique sévère contre le concubinat, incline à admettre au baptême la concubine lorsqu'elle déclare qu'elle ne connaîtra jamais un autre homme que celui avec lequel elle vit, alors même lorsqu'elle serait abandonnée par lui ². Le premier concile de Tolède permet expressément le concubinat au chrétien non marié, mais à la condition qu'il s'en tienne à une seule femme, épouse ou concubine ³; et un texte attribué, quoique faussement, à Isidore de Séville, reproduit la même doctrine ⁴. Le concile d'Orléans de 538 assimile aussi simplement, au point de vue de la bigamie et de l'entrée dans les ordres, le concubinat et le mariage ⁵.

1. Haneberg, *Canones sancti Hippolyti* († 235), p. 72, cité d'après Freisen, *op. cit.*, p. 59 : « C. xvi. Si christianus, postquam cum concubina speciali vixit, quæ ex ipso peperit filium, illa spreta (aliam feminam) ducere vult, est occisor hominis, nisi forte in fornicatione illam deprehenderit. »

2. *De fide et operibus*, c. xix : « De concubina quoque, si professa fuerit nullum se alium cognituram, etiamsi ab illo cui subdita est dimittatur, merito dubitatur utrum ad percipiendum baptismum non debeat admitti. »

3. C. iv, D. XXXIV : « Is qui non habet uxorem et pro uxore concubinam habet, a communione non repellatur : tamen ut unius mulieris, aut uxoris, aut concubinæ sit conjunctione contentus. »

4. C. v, D. XXXIV : « Christiano non dicam plurimas, sed nec duas simul habere licitum est, nisi unam tantum aut uxorem, aut certe loco uxoris (si conjux deest) concubinam. » Voyez la note 46, éd. Friedberg, p. 196.

5. *Concil. Aurelian. III*, c. xi (*Mon. Germ., Conc.*, I, p. 76) : « De his qui

C'est à cette tendance que répondit la législation des empereurs chrétiens. Dans la mesure du possible, elle rapprocha le concubinat du mariage et en même temps le consolida. Ainsi s'expliquent, d'un côté, la constitution de Constantin qui défend expressément à tout homme marié d'avoir une concubine ¹, et, d'autre part, les lois qui admirent la légitimation des enfants par le mariage postérieur des concubins ².

Mais ce courant d'idées ne devait pas être le plus fort. Le concubinat, par son origine et son histoire, était trop profondément pénétré de mauvaises habitudes pour qu'il pût être efficacement discipliné. Il avait été créé pour satisfaire à des besoins que reconnaissait la société païenne, mais que l'Église n'admettait pas; il répondait à des mœurs faciles que repoussaient la morale et la pudeur chrétiennes. Ce qu'il avait en lui d'irréremédiable, c'est qu'à côté d'unions régulières en fait et très semblables au mariage, il abritait des débauches impudentes et impunies. Sans exagération, Salvien, au v^e siècle, pourra parler des riches qui ont des troupeaux de concubines ³; Justinien, au siècle suivant, signalera le même fait ⁴, mais

ex concubinis filios habent et uxoris legitimas habuerunt, aut defunctis uxoribus sibi concubinas publice crediderint sociandas, id observandum esse censuimus, ut sicut eos qui jam sunt clerici per ignorantiam ordinati non removemus, ita statuimus ne ulterius ordinentur. »

1. L. un., C., *De conc.*, V, 26 : « Nemini licentia concedatur constante matrimonio concubinam penes se habere. » Cette loi donne à croire, par elle-même, que la prohibition n'existait pas auparavant.

2. Ci-dessus, t. II, p. 41. Cela supposait que la filiation paternelle des enfants nés d'un concubinat était reconnue par la loi. A quelle époque ce principe fut-il introduit? Il paraît impossible de le déterminer.

3. *De gubernatione Dei*, l. IV : « Ecce enim ab hoc scelere vel maximo prope servorum numerus immunis est. Numquid enim aliquis ex servis turbas concubinarum habet? » Il est vrai qu'il parle là surtout de l'inconduite des gens mariés; il a dit plus haut en parlant du concubinat licite : « Nam de concubinis quippiam dici forsitan etiam injustum esse videatur : quia hoc in comparatione supradictorum quasi genus est castitatis, uxoribus paucis esse contentum et intra certum conjugii numerum frenos libidinum continere. »

4. Nov. 89, c. xii, § 5 : « Si vero effusa concupiscentia ei fuerit, et alias

sans sévir contre lui autrement que par un blâme et en refusant alors aux enfants nés de ces concubines tout droit de succession sur les biens de leur père¹. Avec un instinct sûr, une doctrine se forma dans l'Église, d'après laquelle il ne fallait pas chercher à purifier, mais bien à éliminer le concubinat. Elle a son expression très nette dans les *Constitutions apostoliques*, où il est dit que le fidèle qui vit avec une concubine doit l'abandonner si elle est esclave, l'épouser si elle est libre² : sinon il sera rejeté de la communauté des fidèles. Saint Augustin professe la doctrine la plus nette à cet égard³. Un sermon attribué à saint Ambroise est également formel : il vise le cas très fréquent où un homme non marié prenait pour concubine son esclave, et décide que celui-ci doit alors affranchir la femme et l'épouser⁴. Le pape saint Léon examine la même hypothèse dans une lettre célèbre adressée à Ructicus de Narbonne : il décide que l'homme fait alors très bien en quittant sa concubine pour prendre une femme légitime et qu'un clerc peut lui donner sa fille⁵. On voit aisément

super alias superinduxerit priori concubinas, et multitudinem habuerit mulierum fornicantium. »

1. Mais, chose remarquable, Justinien paraît maintenir leurs droits successoraux aux enfants de la *prior concubina*; Nov. 89, c. XII, § 5.

2. *Const. apost.*, VIII, 32; dans Pitra, *Jus eccles. Græc.*, t. I, p. 66 (*Pauli apost. canones*, n° 11) : Πίστός ἐὰν ἔχη παλλακὴν, εἰ μὲν δούλην, παυσάσθω καὶ νόμῳ γαμεῖτω · εἰ δὲ ἐλευθέραν ἐκγαμεῖτω αὐτὴν νόμῳ · εἰ δὲ μὴ, ἀποβαλλέσθω. — Le chapitre précédent admet pourtant au baptême l'esclave concubine d'un païen, si elle ne connaît point d'autre homme. Mais on s'explique aisément la pensée de faveur qui dicte cette solution; la femme dépend alors de son maître et l'Église n'a pas d'empire sur celui-ci; c. x : Παλλακὴ τινός ἀπίστου δούλη, ἐκείνῳ μόνῳ σχολάζουσα, προσδεχέσθω · εἰ δὲ καὶ πρὸς ἄλλους ἀσελγάνει, ἀποβαλλέσθω. — Cf. le passage de saint Augustin cité ci-dessus, t. II, p. 131, note 2.

3. Sermon 289, C. IV, *Appendice* : « Præcipue temporibus christianis concubinas habere nunquam licuit, nunquam licebit. » Tout le développement montre bien qu'il s'agit du concubinat licite d'après la loi romaine, du concubinat des gens non mariés.

4. C. IX, C. XXXII, qu. 4; note 163, éd. Friedberg, p. 1129 : « Non est Ambrosii. »

5. C. XI, XII, C. XXXII, qu. 2.

qu'il donnerait la même solution si la concubine était de condition libre. Dans le même sens, on décidait que le fait d'avoir une seule concubine, même sans avoir été précédemment marié, entraînait, pour l'entrée dans les ordres, la même irrégularité que la bigamie.

L'institution du concubinat légal était d'ailleurs une conception juridique trop particulière au droit romain pour qu'elle pût se maintenir lorsque se fut perdu le sens exact de ce droit et que la civilisation et les mœurs des Romains eurent elles-mêmes disparu. Aussi, dans la monarchie franque, n'en est-il plus question. Le concubinat apparaît de nouveau comme un simple état de fait, nécessairement condamné par l'Église. Ce n'est pas que, dans un âge grossier, il ne fût fort répandu. Il se produisait souvent au plein jour, soit comme une habitude de jeunesse chez les hommes encore non mariés ¹, soit comme un écart fréquent chez les hommes mariés ². Mais ce n'était plus, à aucun degré, une institution juridique ³, et l'Église n'avait plus à le condamner par une sentence particulière; il suffisait de la condamnation générale qu'elle prononçait contre toute espèce de fornication. Certains textes pourraient cependant faire allusion à cet égard : ce sont des passages de Raban Maur et d'Hincmar,

1. Hincmar de Reims, *De nuptiis Stephani* (*Opera*, II, p. 648) : « Ut adsolet, inquires Stephanus, in fragili juventutis ætate cum quadam femina juvene mihi convenit. Sed et quando tempus mihi advenit, ut more prædecessorum meorum legitimum conjugium peterem... filiam meis natalibus competentem .. legaliter petii et obtentam legaliter desponsavi. » — Jonas d'Orléans, *De institut. laicali*, lib. II, c. II (*P. L.*, CVI, p. 171) : « Summopere studendum est conjugii copulam adeuntibus ut nec clanculo cum meretricibus, nec palam cum ancillis, antequam uxorio vinculo se innectant, corrumpantur. »

2. Jonas d'Orléans, *op. cit.*, c. IV, p. 177 : « Accipite etiam illud quia hujusmodi intemperantia (*l'adultère du mari*) solvi caritatem conjugii, superbas ancillas facit, iracundas matronas, discordes, contumaces, *concubinas procaces*, inverecundos maritos. » — Sur la *concubina* du roi Lothaire II, Waldrade, voyez l'opuscule d'Hincmar, *De divortio Lotharii et Tetbergæ*.

3. Scherer, *Ueber das Eherecht bei Benedikt Levita*, p. 6.

divers passages des *libri penitenciales*, un canon d'un concile de Mayence de l'année 852, qui visent, soit par une citation directe, soit implicitement, le canon du concile de Tolède et l'Épître de saint Léon à Rusticus, plus haut cités¹; ils semblent donc supposer la persistance du concubinat romain. En réalité, il n'en est rien. Ils citent ces textes par la force de la tradition, et ils les utilisent seulement dans la partie qui pouvait convenir au nouvel état social. Ils en retiennent ceci : qu'il est impossible d'avoir une concubine en même temps qu'une épouse, et qu'on peut abandonner une concubine pour contracter un légitime mariage.

Mais lorsque fut arrêté scientifiquement le système du droit canonique, ses constructeurs se trouvèrent en face de deux séries de textes contradictoires sur le concubinat, représentant les deux tendances indiquées plus haut. Une conciliation dut être cherchée, et celle qu'adopta Gratien consista à dire que les textes dans lesquels le concubinat était permis et approuvé visaient non des concubines proprement dites, mais des femmes qui avaient été épousées sans les *tabulæ nuptiales* qu'exigeaient, dans certains cas, les lois de Justinien : leur union présentait un caractère irrégulier, bien que leur mariage fût valable et véritable *jure canonico*². C'était méconnaître l'histoire, mais être fidèle aux principes. Une autre difficulté plus sérieuse apparut aux canonistes.

C'était, je l'ai dit, l'oubli du droit romain, qui avait définitivement fait cesser toute controverse sur le concubinat; car, par là, celui-ci avait perdu son caractère ancien d'institution légale. La renaissance des études de droit romain, qui se produisait à l'époque même où se fixait le droit canonique, n'allait-elle pas lui rendre son ancien caractère? Les légistes

1. Voyez ces textes dans Freisen, *op. cit.*, p. 62, 63; l'auteur paraît avoir commis la confusion que je signale.

2. XXXIV (*secunda pars*) : « Concubina hic ea intelligitur quæ, cessantibus legalibus instrumentis, unita est, et conjugali affectu asciscitur. Hanc conjugem facit affectus, concubinam vero lex nominat. De hac dicitur in concilio Toletano. »

virent bien ce qu'était le concubinat d'après les lois romaines ¹ ; mais la grande autorité du droit romain ne prévalut pas à leurs yeux sur l'autorité de l'Église ². Certains docteurs voulurent cependant, dans la suite, réhabiliter le concubinat du droit romain, en réservant la faveur de la légitimation aux enfants naturels nés *ex concubinatu* ; telle était en particulier l'opinion de Bartole ; mais cette thèse ne put se faire recevoir ³. L'idée, au contraire, se fit jour que le concubinat, impliquant chez les concubins une volonté suivie de se placer en dehors du mariage, était plus délictueux que la simple fornication, fait transitoire et isolé ⁴. Ainsi, ce fut longtemps une question de savoir si un clerc devait être déposé ou privé de son bénéfice à raison d'une *simplex fornicatio*, alors que cela ne faisait aucun doute lorsqu'il vivait publiquement en état de concubinage ⁵. Cependant, par une inconséquence assez remarquable, les

1. Glose sur l. 3, D., *De conc.*, XXV, 7, v^{rs} *In concubinatu* : « Et si protestor, ut dictum est, non dicor committere stuprum vel adulterium, propter licitum concubinatum etiam per leges. »

2. Glose sur l. 24, D., *De ritu nupt.*, XXIII, 2, v^o *Intelligenda* : « Duo etiam tantum coitus sunt liciti secundum leges, scilicet cum concubina et uxore, alii omnes sunt illiciti; secundum decreta, unus tantum scilicet cum uxore; cum alia vero, fornicatio. » — Glose sur l. 3, D., *De concub.*, XXV, 7, v^o *Legis* : « Fori non poli, nam secundum canonicas et divinas scripturas est fornicatio. »

3. Ci-dessus, t. II, p. 41.

4. Panormit., sur c. vi, X, *Qui filii*, IV, 17, n^o 14 : « Ex contraria opinione sequeretur quod magis faveretur peccato diuturno et continuo quam momentaneo... cum jus canonicum magis reprobet concubinatum quam fornicationem simplicem. »

5. Glose sur c. vi, D. LXXXI, v^o *Removeantur* : « Ergo presbyter propter simplicem fornicationem deponitur Jo(hannes). Communiter autem dicitur quod pro simplici fornicatione quis deponi non debet, cum pauci sine illo vitio inveniantur. » — Panormit., sur c. vii, X, *De test.*, n^o 1 : « Secundus casus notabilis (ut clericus privetur beneficio) est cum publice detinet concubinam. Quid autem si occulte detinet, vel committit simplicem fornicationem, vide glossam... qua dicitur communiter tenere clericum non deponendum pro simplici fornicatione; sed in contrarium vide textum apertum in c. A multis *De ætate et qual. ordinatorum*. »

canonistes faisaient une faveur aux enfants nés du concubinat. Comme ils suivaient pour la succession *ab intestat* le droit de Justinien, tandis qu'ils admettaient tous les enfants simplement naturels à la succession de leur mère¹, ils distinguaient au contraire entre eux en ce qui concerne la succession du père. Ils excluaient complètement de cette succession les *vulgo quæsit*i; ils y admettaient au contraire les enfants nés d'une *concubina retenta in domo*, suivant les règles posées par le droit de Justinien². Sur ce point, le droit romain l'avait emporté. On expliquait cela par cette idée, qu'en matière de succession, le droit canonique suivait le droit romain, sauf lorsqu'il contenait une disposition expresse en sens contraire³.

Le concubinage ne figurant plus dans le système du droit canonique qu'une variété de la fornication, il semblerait que, dès lors, il eût dû cesser d'y occuper une place à part. Il y conserva cependant la valeur d'un type juridique particulier, ayant ses règles propres, et cela à raison d'une de ses applications possibles, je veux dire le concubinat des clercs. Le

1. Panormit., sur c. vi, X, *Qui filii*, n° 13 : « Respectu matris dic brevitè quod aut est filius natus ex concubina, et succedit matri pariter cum legitimis... aut est filius natus non ex concubina, sed vulgo quæsitus et succedit matri una cum aliis legitimis, nisi mater sit illustris... Aut est natus ex damnato coitu et nunc in nihilo succedit etiam matri. »

2. Panormit., sur c. v, X, *De eo qui duxit*, IV, 7, n°s 11, 12 : « Filii vero naturales tantum, quia non sunt nati ex coitu ita damnato succedunt matri etiam cum legitimis filiis, nisi mater sit illustris, patri vero vel conjunctis per lineam paternam non succedunt, quia non sunt agnati... Nati vero ex concubina in domo retenta, cum qua poterat esse matrimonium, succedunt patri ab intestato in duabus uncias hæreditatis, non extantibus filiis legitimis nec conjuge. »

3. Panormit., sur c. vi, X, *Qui filii*, IV, 17, n° 12 : « Sed imperator sicut per rescriptum potest filios naturales habilitare ad hæreditatem ita per generalem legem, quasi velit dicere, præsupposito quod coitus concubinarius sit hodie reprobatus, lex tamen voluit et potuit vocare filios ab intestato ad duas uncias, et hæc opinio (Hostiensis) plus placet mihi, quia in hæreditatibus standum est juri civili, ex quo jus canonicum non disponit expresse in contrarium. »

mariage étant interdit aux clercs des ordres supérieurs, et n'étant même permis qu'avec certaines restrictions aux clercs des ordres inférieurs, il était à craindre que beaucoup de membres du clergé ne versassent dans le concubinat. Aussi le droit canonique organisa-t-il une série de mesures répressives contre les clercs concubinaires¹. Ces commerces illicites n'entraînaient pas seulement des sanctions pénales, ils subissaient aussi un traitement particulier, quant à leurs effets civils. Alors que les enfants nés *ex soluto et soluta* étaient en principe admis à la succession de leur mère, et même à la succession du père lorsqu'ils étaient issus d'un concubinat, les enfants d'un prêtre concubinaire ne pouvaient succéder, *jure canonico*, ni à leur père ni à leur mère²; on les assimilait à des enfants adultérins³. Ces mesures rigoureuses se montrèrent d'ailleurs peu efficaces; le clergé du moyen âge était loin de montrer toute la réserve qui distingue, dans son ensemble, le clergé contemporain. Aussi, dans le mouvement de réforme du xv^e siècle, éprouva-t-on le besoin de retoucher et de renforcer ce système de répression. C'est ce que fit le concile de Bâle⁴ : en organisant toute une série de mesures contre le concubinat des clercs, il visa en même temps le concubinage des laïques, invitant les autorités ecclésiastiques à employer contre lui tous les moyens dont elles disposaient⁵.

1. Voyez aux collections de Décrétales les titres : *De filiis presbyterorum*, *De vita et honestate clericorum*, *De conversatione clericorum et mulierum*.

2. Panormit., sur c. VI, X, *Qui filii*, n° 11 : « Per quod infertur quod filii sacerdotum non possunt succedere patribus nec etiam matribus. »

3. Glose sur c. XIII, X, *Qui filii*, IV, 17, v° *Adulterinis* : « Ut puta filiis presbyterorum, quia cum fornicantur adulterantur, cum sint quasi mariti ecclesiarum. »

4. Pragmatique sanction de Charles VII, tit. XIX, *De concubinariis*.

5. « Monet (*Synodus*) omnes laicos tam solutos quam uxoratos ut similiter a concubinato abstineant. Nimis enim reprehensibilis est qui uxorem habet et ad aliam mulierem accedit. Qui vero solutus est, si continere nolit, juxta apostoli consilium uxorem ducat. Pro hujusmodi autem divini observantia præcepti, hi, ad quos pertinet, tam salutaribus monitis, quam aliis canonicis remediis omni studio laborent. »

TROISIÈME PARTIE

LE DROIT DU MARIAGE DEPUIS LE CONCILE DE TRENTE

CHAPITRE I

Les critiques de la théorie du mariage aux xv^e et xvi^e siècles.

I. Le sacrement de mariage. — II. Les mariages clandestins. — III. Les empêchements résultant de la *cognatio*. Le célibat des prêtres.

La théorie canonique du mariage, telle que je l'ai décrite, était destinée à subsister dans son ensemble, avec ses principes essentiels, ses exagérations logiques et aussi ses incon-séquences partielles. Ce qui contribua sans doute plus que tout le reste à lui assurer cette permanence, c'est ce fait que la jurisprudence séculière, qui se l'appropriâ dans différents pays ¹, la retoucha sur les points les plus importants. Puis, dans le siècle présent, l'institution du mariage civil passa au premier plan. Le droit canonique en matière de mariage perdit ainsi le caractère d'une législation vraiment pratique, et par là s'explique sa quasi-immobilité [jusqu'au début du xx^e siècle] : il ne subit de véritables réformes que celles opérées par le concile de Trente, très profondes il est vrai,

1. Ci-dessus, t. I, p. 34 et s.

mais restreintes à certains points. Pour bien comprendre ces réformes, qui seront dorénavant mon principal sujet d'études, il faut d'abord connaître les critiques qui les ont provoquées.

Lorsqu'elle eut terminé sa croissance au ^{xiii}^e siècle, la théorie canonique du mariage acquit pour un temps très long la valeur d'une doctrine incontestée. L'esprit du moyen âge était fort raisonneur, mais point du tout critique. Il s'épuisait à justifier par des raisonnements ingénieux les solutions traditionnelles : mais la réforme et l'innovation lui répugnaient instinctivement.

Mais, quand se produisit, à l'occasion du schisme d'Occident, ce grand mouvement des esprits qui se manifesta dans les conciles de la première moitié du ^{xv}^e siècle, on entra au contraire d'un élan emporté dans la voie des réformes ; il ne s'agissait de rien moins que de réformer l'Église *in capite et in membris*. Cependant, bien que la réglementation du mariage fût visée dans ces aspirations vers la réforme, au moins quant à certaines de ses règles, telles que le célibat des prêtres, à Pise, à Constance et à Bâle il y fut peu ou point touché. La vaste et capitale question, qui alors primait toutes les autres, était celle de l'organisation ecclésiastique et du gouvernement de l'Église.

Au ^{xvi}^e siècle, il en fut autrement. La question du mariage fut mise à l'ordre du jour et la théorie canonique énergiquement attaquée. Elle fut ébranlée dans ses principes essentiels et dans ses œuvres vives par les écoles protestantes. Sur ces points, les catholiques tenaient bon ; sur d'autres points, au contraire, où il ne s'agissait que de modifier la *constitutio ecclesiastica*, pour la mettre d'accord avec les besoins pratiques et l'intérêt général, ils se montraient plus désireux de réformes sérieuses que les protestants eux-mêmes. Examinons les principales critiques dirigées de part et d'autre contre la théorie traditionnelle ¹.

1. Voyez ci-dessus, t. I, p. 68 et s.

I

Le trait essentiel qui distinguait le mariage dans la théorie canonique, et dont découlaient les conséquences les plus importantes, c'est qu'il était considéré comme un sacrement¹. Or, ce caractère, les écoles protestantes le lui refusaient. Leur doctrine réduisait les sacrements à trois² : le baptême, l'eucharistie et l'ordre. Leurs principaux représentants refusaient, en particulier, de faire figurer le mariage sur la liste³.

Il ne semble pas cependant que Luther ait d'abord nié cette qualité traditionnelle. Dans son sermon de l'année 1519 (*Sermon vom ehelichen Stand*) il paraît reproduire la thèse commune sur le mariage sacramentel, figurant l'union du Christ et de l'Église. Mais bientôt, tout en continuant à présenter le mariage comme une chose sainte, en ce sens qu'il a été institué par Dieu et qu'il constitue le plus digne de tous les états, il va jusqu'à affirmer qu'il doit être réglementé par l'autorité civile. Voici quelques passages de ses œuvres qui sont démonstratifs :

« Autant de pays, autant de coutumes, dit le proverbe ; par conséquent, puisque le mariage et l'état de mariage sont choses du siècle, il ne nous appartient point, à nous religieux ou serviteurs de l'Église, de rien ordonner ou réglementer à

1. [Voir sur ces critiques l'excellente étude de M. G. Le Bras, sous le mot *Mariage*, dans le *Dictionnaire de théologie catholique*, t. 9, col. 2224 et s.; et François Wendel, *Le mariage à Strasbourg à l'époque de la Réforme*, 1918, p. 35 et s.]

2. Theiner, *Acta genuina ss. œcumenici concilii Tridentini*, Zagrabiæ, 1874, I, p. 459, *Portuensis* : « Et omnes damnentur sub verbis propriis hæreticorum, ut puta sacramenta esse tria : baptismus, cœna Domini et ordo. »

3. Theiner, *Acta genuina*, II, p. 233, Nicolas Maillard : « Armenius autem primus negavit matrimonium esse sacramentum, quem Lutherus sequitur, qui dammandi sunt. » — P. 237, Antonius Cochier : « Et cum Erasmus opponit non esse sacramentum quia non habet (ut ait) promissionem gratiæ, respondit id falsum esse, cum veram gratiæ promissionem habeat. »

ce sujet ; mais il faut laisser chaque ville et chaque pays suivre en cela leurs usages et coutumes, tels qu'ils se comportent ¹. »

« Personne ne peut nier que le mariage soit une chose extérieure et mondaine, comme les vêtements, les aliments, la maison, la cour, et soumise à l'autorité séculière, comme le démontrent les constitutions rendues par les empereurs ². »

« Comment devons-nous nous comporter quant aux questions matrimoniales et au divorce ? J'ai dit que c'était aux juristes à prescrire, et qu'il fallait se soumettre au pouvoir séculier, parce que l'état de mariage est une chose extérieure et mondaine, comme le sont la femme, l'enfant, la maison et la cour et autres choses semblables ; tout cela est soumis à l'autorité de l'État, comme celle-ci l'est à la raison ³. »

En même temps, Luther reconnaissait à l'état de mariage une haute valeur au point de vue religieux ; il le mettait bien au-dessus de l'état de virginité et de continence : « L'état de mariage, disait-il, est le plus religieux de tous ; c'est à tort et par injustice que l'on a appelé certains états les ordres religieux et qu'on a appelé le mariage un état mondain ; la vérité, au contraire, c'est que le mariage est le véritable état religieux ⁴. »

Bien que le double objectif de Luther soit assez facile à dégager (sécularisation du mariage, abolition des ordres religieux et du célibat des prêtres), ces affirmations ne sont point d'ailleurs en parfaite harmonie entre elles ; et les théologiens

1. *Vorrede zum grossen Katechismus mit dem Traubüchlein*, cité par Friedberg, *Das Recht der Eheschliessung in seiner geschichtlichen Entwicklung*, Leipzig, 1865, p. 159.

2. *Von Ehesachen*, 1530. — Voyez le texte dans Friedberg, *op. cit.*, p. 159.

3. *Auslegung des fünften, sechsten und siebenten Capitels des Evangelium S. Mathæi*, 1532. Le texte dans Friedberg, *op. cit.*, p. 159.

4. *Das siebend Capitel S. Pauli zu den Korinthern ausgelegt*, 1523 ; le texte dans Friedberg, *op. cit.*, p. 158.

et canonistes protestants discutent encore sur le point de savoir quelle était la véritable doctrine du maître ¹.

La doctrine de Calvin, contenue dans son *Institutio christianis religionis*, publiée en 1536 ², présente au contraire une netteté particulière. Il attaque de front, par une discussion singulièrement incisive, la théorie du mariage-sacrement, qu'il prétend inconnue dans l'Église avant l'époque de Grégoire le Grand. Il reconnaît que le mariage a été institué par Dieu; mais il ne faut point en conclure que c'est un sacrement : autrement il faudrait en dire autant de l'agriculture, de l'architecture, de la cordonnerie ³. Puis il discute les textes d'où les théologiens catholiques déduisent le sacrement, qu'il définit : *Cæremonia exterior a Deo posita ad confirmandam promissionem*; il cherche à montrer que les textes, en ce qui concerne le mariage, contiennent simplement des comparaisons et des métaphores, et que, dans certains d'entre eux traduits du grec, en particulier dans le passage capital de saint Paul ⁴, le mot *sacramentum*, par lequel la version latine traduit le grec *μυστήριον*, est un véritable contre-sens. Il relève enfin, en la ridiculisant, l'importance que la théorie canonique donnait à la *copula carnalis* dans ses rapports avec le sacrement ⁵.

1. Friedberg, *op. cit.*, p. 417 et s.

2. Lib. IV, c. xix, n° 34.

3. Edit. Genevæ, 1618, p. 527 : « Ordinatio Dei bona et sancta; et agricultura, architectura, sutrina, tonstrina ordinationes sunt Dei legitimæ, non tamen sunt sacramenta. »

4. *Ad Eph.*, v, 32. — *Inst. christ.*, p. 527 : « *Mysterium dixerat Paulus; quam dictionem, quum relinquere posset interpres, latinis auribus non infrequentem, vel arcanum vertere, sacramentum ponere maluit, non tamen alio sensu quam græce a Paulo mysterium dictum erat... Sed cur in uno hoc loco sacramenti voculam tantopere urgent, aliquoties neglectam prætereunt?* Nam et in epistola ad Timotheum priore a vulgari interprete posita est, ac in eadem ipsa ad Ephesios epistola, ubique pro mysterio. »

5. *Inst. christ.*, l. IV, c. xix, n° 34, p. 527 : « Nam et coitum ipsum partem esse sacramenti tradunt, eoque demum figurari unionem, quæ nobis est cum Christo, in naturæ conformitate; quia vir et mulier nonnisi carnali copula

Calvin dégageait aussi avec une grande fermeté toutes les conséquences logiques qui découlaient de sa doctrine, spécialement l'incompétence des juridictions ecclésiastiques pour les causes matrimoniales, et la dissolution possible du lien conjugal autrement que par la mort des conjoints. Il admettait quatre causes de divorce : la *disparitas cultus*, l'incompatibilité d'humeur (*non convenientia in conversatione*), la longue absence et l'adultère ¹.

Pour les catholiques, cette question du sacrement de mariage n'était pas sans difficultés. Quelques-uns, bien rares il est vrai, contestaient aussi ce caractère dans le mariage : tel était Didier Erasme ². Mais une semblable thèse était bien difficile à soutenir devant la décision formelle du concile de Florence (ann. 1438 et s.), qui avait mis le mariage sur la liste des sacrements. C'était, au contraire, un point débattu sérieusement que de savoir si le sacrement de mariage conférait la grâce, ou s'il n'était un sacrement que parce qu'il figurait une chose sacrée. Saint Thomas d'Aquin présente sur ce point trois opinions, et, s'il se décide pour celle qui deviendra une vérité dogmatique et d'après laquelle le mariage confère la grâce, il ne le fait pas sans hésitation et sans scrupule ³. La thèse opposée avait été celle de Pierre

una caro fiant. Quanquam duo sacramenta quidam eorum hic repetunt, alterum Dei et animæ in sponso et in sponsa, alterum Christi et Ecclesiæ in marito et uxore... Est et altera in eorum dogmatibus absurditas. In sacramento conferri gratiam Spiritus Sancti affirmant; coitum tradunt esse sacramentum; in coitu negant unquam Spiritum Sanctum adesse. »

1. [Les canonistes partisans de la Réforme qui ont écrit sur le mariage (Melchior Kling, Sarcerius, Monner) présentent les mêmes arguments et les mêmes solutions. Voir *Le Bras* et *Wendel*, *op. cit.*]

2. *Novum Testamentum recognitum a Desiderio Erasmo cum annotationibus ejusdem*, Basileæ, 1522, ad Rom., c. vii. — Cf. *Friedberg*, *op. cit.*, p: 156.

3. *Summa, supplem.*, qu. 42, art. 3 : « Quidam dixerunt quod matrimonium nullo modo est causa gratiæ, sed est tantum signum. Sed hoc non potest stare quia secundum hoc in nullo abundaret asacramentis veteris legis... Alii dixerunt quod confertur ibi gratia in ordine ad recessum a malo,

Lombard ¹; elle était professée par de nombreux canonistes, au nombre desquels était Hostiensis ²; elle est encore rappelée plusieurs fois par Panormitanus ³.

[Au xvi^e siècle, aucun théologien catholique ne doute plus que le mariage confère la grâce; mais les divergences subsistent sur le moment de l'institution divine, sur les rapports du contrat et du sacrement, sur la matière, la forme ⁴ et le ministre de celui-ci ⁵.]

Enfin, nous le savons, certaines règles définitivement admises par le droit canonique étaient difficiles à concilier avec les conséquences logiques du sacrement. L'une était la dissolution du mariage non consommé par l'entrée en religion d'un des époux ⁶; l'autre était le droit reconnu à l'époux

quia excusatur actus a peccato, qui sine matrimonio peccatum esset. Sed hoc esset nimis parum, quia hoc etiam in veteri lege habuit... Unde alii dicunt quod matrimonium, in quantum in fide Christi contrahitur, habet ut conferat gratiam adjuvantem ad illa operanda quæ in matrimonio requiruntur. Et hoc probabilius est. »

1. *Sent., lib. IV, D. XXVI, A* : « Cum alia sacramenta post peccatum et propter peccatum exordium sumpserint, matrimonii sacramentum etiam ante peccatum legitur institutum a Domino, non tamen ad remedium sed ad officium. » Cf. *D. XXVI, B, C, D*.

2. *Summa*, p. 348 : « Dicitur sacramentum, non quia ipsum sacramentum sit conjugium, sed quia est ejusdem rei sacræ signum, scilicet spiritualis et inseparabilis conjunctionis Christi et Ecclesiæ. » — P. 60, v^o *De sacr. unct.* : « Nam in quolibet sacramento gratia confertur præterquam in matrimonio. » [Les grands canonistes du xiii^e siècle nient formellement que le mariage confère la grâce. Leur principal argument est que s'il en était autrement les mariages seraient presque tous simoniaques à raison du rôle qu'y joue l'argent. Le Bras, *Mariage*, col. 2208.]

3. Sur c. unic., § *Scire, X, De extrema unct.*, I, 15.

4. Panormit., sur c. xxvi, *De spons.*, IV, 1. — Theiner, *Acta genuina*, II, p. 348, *Clodiensis* : « Declarando et statuendo quæ sit proposita materia hujus sacramenti, cum nondum sit determinata. » Cf. *ibid.*, II, p. 355, *Montisfalisci*.

5. [Voir sur toutes ces questions, qui concernent plus la théologie que le droit, G. Le Bras, *Mariage*, col. 2231 et suiv.]

6. Ci-dessus, tome I, p. 143.

infidèle qui se convertissait de répudier son conjoint resté *in infidelitate* ¹.

II

Le droit canonique avait admis que le mariage se formait *solo consensu*, et, très logiquement, il en avait déduit la pleine validité des mariages clandestins.

Les mariages clandestins sont extrêmement dangereux par eux-mêmes ; ils le seraient dans toutes les législations. Mais ils présentaient un danger spécial dans le système canonique, à raison d'une autre de ses règles. Celui-ci admettait en effet que les enfants pubères, quel que fût leur âge, pouvaient valablement contracter mariage sans le consentement d'aucun de leurs parents, même de leur père. Le mariage clandestin rendait en fait l'application de ce principe aussi facile que dangereuse : les canonistes eux-mêmes mettaient en lumière le rapport qui existait entre ces deux règles ².

D'autre part, le droit canonique limitait les effets du mariage clandestin par sa théorie des preuves. Si un tel mariage ne pouvait être prouvé que par l'aveu des deux conjoints, et que l'un d'eux eût postérieurement contracté une nouvelle union, publiquement, devant témoins, c'était cette dernière que faisait prévaloir la juridiction ecclésiastique ; cela se résumait dans la maxime : *Clandestinum manifesto non præjudicat*. Néanmoins, tout en donnant cette décision dans le *forum externum*, l'Église, dans ce cas, considérait comme valable en soi le premier mariage clandestin. Elle déclarait celui qui, après l'avoir contracté, s'était remarié publiquement, obligé en conscience envers le premier époux. Il en résultait qu'au tribunal de la pénitence le prêtre devait lui défendre de rendre

1. Panormit., sur c. vii, X, *De divort.*, IV, 19.

2. Panormit., sur rubr., X, *De cland. desp.*, IV, 3 : « Post rubricas præcedentes subjiçit illam rubricam de clandestina desponsatione ; nam quandoque puella subducuntur et inducuntur ad contrahendum clam a parentibus, et quia de tali matrimonio posset dubitari. »

le devoir conjugal à son second conjoint, tandis que le juge ecclésiastique lui ordonnait de le rendre sous peine d'excommunication ¹.

On conçoit quel trouble de semblables principes devaient apporter dans la société, si l'on songe que les bigamies sont encore assez fréquentes de nos jours, où le mariage est soumis à une publicité sérieuse et où la facilité des informations est si grande. L'existence simultanée d'un mariage clandestin et d'un mariage public, tous deux reconnus valables par l'Église, quant à la même personne, l'un pour le *forum internum*, l'autre pour le *forum externum*, semble avoir particulièrement révolté la conscience populaire. C'est un des points que Luther met en pleine lumière. « Il est souvent arrivé, dit-il, qu'un couple de gens mariés venait devant moi; mais l'un d'eux ou tous les deux s'étaient mariés antérieurement, et là était la détresse et la fatalité. Nous, confesseurs et théologiens, nous devons conseiller ces pauvres consciences troublées, mais que faire? Il y avait le droit officiel et l'usage qui décide que le premier mariage est pour Dieu un mariage valable et que l'autre est un adultère public. Alors vous rompez le second mariage et vous ordonnez de s'en tenir au premier mariage clandestin, bien que ces deux personnes eussent eu dix enfants de leur mariage public, et qu'ils eussent amassé héritages et biens... Mais, si le premier mariage était si clandestin qu'il ne pût être prouvé par aucun témoin, et que le second mariage fût publiquement établi pour l'Église, on obligeait les époux à l'un et à l'autre. En premier lieu, ils devaient dans leur conscience regarder le mariage clandestin comme le seul vrai mariage devant Dieu. Puis, d'autre part, on forçait la femme, par exemple, sous peine d'excommuni-

1. Hostiensis, *Summa, De cland. matrim.*, p. 355 : « Prohibentur etiam propter periculum animarum, quia mutata voluntate alterius sponsorum non potest fieri fides iudici, unde convolant ad secunda vota et parant sibi laqueum. Nam in iudicio animæ consulitur eis ut non reddant debitum contra conscientiam; in foro autem iudiciali excommunicabuntur nisi reddant; tolerant ergo excommunicationem ut inf. X, *De sent. excomm.* Inquisitioni. »

cation, à traiter l'autre homme comme son mari, à partager sa table et son lit, parce que ce mariage était publiquement prouvé; mais l'autre, le clandestin, personne ne doit douter qu'il ne soit le vrai mariage devant Dieu. Que peut faire alors une pauvre conscience? ¹ »

Voici encore un passage de ses *Propos de table* : « Ils venaient à moi ou à un autre confesseur, au confessionnal, et disaient : Cher seigneur, j'ai une femme que j'ai épousée clandestinement; que faire à son égard? Aidez-moi, cher seigneur; levez mes doutes. Cette Greta, que j'ai épousée la première, est bien ma vraie femme. Mais cette Barbara, avec qui je me suis marié ensuite, n'est-elle pas ma femme et ne dois-je pas coucher avec elle? Je ne puis prendre celle-là, quoique je le voudrais bien; mais je ne le puis car j'ai une autre femme et elle a un autre mari, et personne ne sait qu'elle est ma femme si ce n'est Dieu dans le ciel. Oh! je suis damné; je ne sais que faire ². »

Didier Erasme exposait ces difficultés et ces contradictions presque dans les mêmes termes ³.

Les catholiques, de leur côté, reconnaissaient et signalaient avec netteté les dangers des mariages clandestins. Ils sont relevés tout au long et classés par catégories dans un discours du cardinal de Lorraine au concile de Trente ⁴; et la pétition adressée au concile, au nom du roi de France, montre que, dans notre pays surtout, on ne pouvait supporter plus longtemps ce régime perturbateur ⁵.

1. *Von Ehesachen* (édit. Erlangen, t. XXIII, p. 98), cité par Sohm, *Das Recht der Eheschliessung*, p. 189.

2. Voyez le texte dans Sohm, *op. cit.*, p. 189; Friedberg, *op. cit.*, p. 102.

3. Friedberg, *op. cit.*, p. 102.

4. Theiner, *Acta genuina*, II, p. 314.

5. Theiner, *Acta genuina*, II, p. 316 : « Hoc etiam petit christianissimus rex ut antiquissima nuptiarum solemnia hoc tempore restituantur, palamque et publice in ecclesia matrimonia celebrentur. Quod si aliquando propter magnam causam aliter fieri posse videtur, non prius tamen legitima esse censeantur, quam si huic sacro mysterio præfuerit parochus vel presbyter tresque aut plures testes præsentés. Filiorum autem et filiarum familias matrimonia sine parentum consensu nullo modo justa et legitima sint, nisi placeat

Une autre règle non moins anormale, résidu d'un développement historique décrit plus haut, était celle qui transformait fatalement les fiançailles en mariage dès que la *copula carnalis* intervenait entre les fiancés. On la visait, en même temps que l'on critiquait les mariages clandestins.

III

Certains empêchements de mariage étaient aussi l'objet de vives critiques : c'étaient d'abord ceux fondés sur la parenté et l'alliance, dont l'exagération était manifeste. Le quatrième concile de Latran les avait modérés dans une certaine mesure ; mais il restait encore beaucoup à faire dans ce sens. Le principe de l'alliance naissant *ex copula illicita* n'avait pas été touché. Le concile de Latran avait respecté, dans toute son étendue, la prohibition de mariage fondée sur la *cognatio spiritualis*.

Mais celui de tous les empêchements qui avait excité les discussions les plus vives, c'était l'*impedimentum ordinis*. Le célibat des prêtres aux ^{xiv}^e et ^{xv}^e siècles préoccupa vivement l'opinion publique. Cela venait d'un fait incontestable, attesté par la littérature de cette époque. La règle du célibat était mal observée par le clergé ; si le mariage avait été éliminé, le concubinage était largement répandu, toléré le plus souvent et s'affirmant au grand jour. Cet état de fait devait provoquer des doutes dans les esprits sur la loi même du célibat. Ce n'est pas seulement l'esprit hardi de Jean de Meung qui, dans le *Roman de la Rose*, revendique, soit pour les femmes ¹, soit pour les hommes ², les lois de la nature contre les lois de l'Eglise. Des légistes et des canonistes discutaient aussi ce grave problème. Dès le commencement du ^{xiv}^e siècle, il est

synodo, quorundam patrum morositati et nimie in collocandis liberis negligentie occurrendo, tempus aliquod præscribere, quo transacto, liberum sit filiis et filiabus sine patris consensu matrimonia contrahere. »

1. *Roman de la Rose*, vers 11.717 à 11.743.

2. *Ibidem*, vers 14.744 à 14.944.

abordé par un des conseillers de Philippe le Bel, Pierre du Bois, dans un curieux mémoire plein d'idées neuves et audacieuses¹.

Pierre du Bois considère le célibat obligatoire comme un joug trop lourd pour le clergé. Il reproche aux Pères qui l'ont établi, et qui sans doute étaient glacés par l'âge, d'avoir seulement vécu avec les textes et nourri des conceptions abstraites et d'avoir négligé les leçons de l'expérience. On est arrivé à ce résultat que tous ceux qui entrent dans le clergé font le vœu de chasteté, mais presque aucun ne l'observe. Les clercs sont en très grand nombre fornicateurs, incestueux ou adultères, et en même temps ils se rendent coupables d'hypocrisie, le vice que le Christ a le plus énergiquement détesté. Comme preuve de ses affirmations, du Bois en appelle au témoignage des frères prêcheurs et mineurs, qui « aujourd'hui, dit-il, connaissent mieux que tous autres l'état du monde ». Dans ces conditions, la loi du célibat perd beaucoup d'âmes et l'on ne peut affirmer qu'elle en sauve aucune. Il faut donc suivre le conseil que donne la loi humaine, et laisser l'incertain pour s'en tenir au certain, c'est-à-dire aux données de l'expérience. C'est sur ce terrain solide des faits que se place exclusivement Pierre du Bois. Il ne produit qu'un argument de principe, celui qu'invoquaient déjà les clercs du XI^e siècle² : l'apôtre, en invitant chaque homme à

1. *Summaria, brevis et compendiosa doctrina felicis expeditionis et abbreviationis guerrarum et litium regni Franciæ* (Bibliothèque nationale, manuscrit latin 6222 c). Ce traité ne porte pas de nom d'auteur; mais il a été attribué à Pierre du Bois par M. de Wailly, qui en a donné en même temps une analyse très ample en français : *Mémoires de l'Académie des Inscriptions et Belles-Lettres*, t. XVIII, 2^e partie, p. 435 et s. L'attribution faite par M. de Wailly repose sur une démonstration péremptoire; elle est pleinement acceptée par les auteurs de l'*Histoire littéraire de la France*, t. XXVI, p. 489 et s. Le mémoire de Pierre du Bois étant inédit et ayant été seulement analysé par M. de Wailly, j'ai reproduit à l'appendice B la partie qui concerne le célibat des prêtres.

2. Ci-dessus, t. I, p. 325.

prendre femme pour éviter la fornication, n'a excepté personne, pas plus les prêtres que les autres¹.

Au xv^e siècle, des canonistes aussi savants que modérés ouvrent le débat, et parfois ils inclinent vers le mariage des prêtres. On trouve dans les œuvres de Gerson un curieux dialogue en quatre actes où la Nature, c'est-à-dire la raison, et la Théologie (*Sophia*) discutent contradictoirement la question². La Nature, qui tient pour le mariage, fait valoir de nombreux et vigoureux arguments, affirmant (ce qui ne lui est pas contesté) que le vœu de chasteté n'est point indissolublement attaché au sacerdoce par l'institution divine³. La Théologie, soutenant le célibat, l'emporte cependant⁴. Elle le justifie par des raisons de convenance et d'utilité, repoussant l'exemple des Grecs qu'elle considère comme avilis⁵. Elle produit même des raisonnements qui rappellent par avance la théorie de Malthus, affirmant que le célibat des prêtres est un frein utile à l'accroissement trop considérable de la population⁶. Elle reconnaît d'ailleurs les désordres

1. Tout ce passage n'est qu'un résumé de l'exposition de du Bois, que l'on trouvera *in extenso* à l'appendice B.

2. *Dialogus Sophiæ et Naturæ super cælibatu sive castitate ecclesiasticorum... compositus Lugduni anno D. 1423 (Gersonis opera, édit. 1489, secunda pars, f° 38).*

3. *Natura* : « Cur non adjicis tollendum esse votum a sacerdotio, cum non sit ei divina et essentiali et inseparabili societate connexum? »

4. *Sophia* : « Ministri gratiæ revelatæ fiunt per electionem, non hæreditariam, ut olim, successionem. Debent insuper liberiores quam olim a sæculari servitute vivere. Debent rursus in re familiari minus esse solliciti deditique minus avariciæ seu rapinæ thesaurizare volenti pro filiis et filiabus instar Judæ... Attende, quæso, quemadmodum hæc tria, scilicet electio, libertas, vacatio fundant rationabilitatem cælibatus perpetui sacerdotum, juncto quod nullus ad votum sicut nec ad sacerdotium cogitur, nullus ante discretionis annos. »

5. *Sophia* : « Quod si Græcorum christianorum opponitur conjugium, fortassis ideo privati sunt illa qua præditi fuerant legis peritia et in varios jam supra modum corruerunt errores dissonos Romanæ veræque pietati. Quid quod apud eos vigent adhuc calogeri monachi cælibes sub regula magni patris Basilii, quos fere solos de clero populus habet in precio. »

6. *Sophia* : « Denique tuus Aristoteles politicias instituens notavit modera-

graves qu'entraîne le célibat des prêtres et des religieux, les scandales, les vœux fréquemment violés sans autre effet que d'augmenter le nombre des naissances illégitimes. Elle admet des palliatifs; les souverains rassemblés sous la présidence du pape devront prendre des mesures pour que le clergé astreint au célibat soit ramené à de justes proportions numériques¹. Dans tous les cas, elle affirme que toute la réforme, la réforme principale, ne réside point dans la suppression du célibat ecclésiastique², ce qui montre bien cependant quelle place tenait cette question dans le grand mouvement du xv^e siècle.

Panormitanus, ce grand docteur que j'ai si souvent eu l'occasion de citer, était favorable au mariage des prêtres. Il établit que c'est seulement la *constitutio Ecclesiæ* qui a introduit la règle du célibat; elle peut donc l'abroger, et cette abrogation pour lui serait un grand bien. Personne ne serait ainsi contraint à une continence trop souvent mal observée;

tam esse debere puerorum multitudinem, quod a nullis accipitur quasi necandi sint superflui, quod practicasse Græcos comicus aliquando insinuat; verum rectius intelligatur ut sit hominum pars generationi non intenta, vacans altioribus. »

1. *Sophia* : « Denique principes populorum cum congregati erunt cum principe summo, vicario Dei Abraam, commonendi erunt, orandi, contestandi ferre præsidium rebus lapsis, hominum defectus reficere, deformata reformare, nominatim circa tot propaginis obstacula non afferentia Deo gloriam, non ecclesiasticæ religioni decorem, propter tria quæ tuæ mixisti querimonie : quorum unum est nimia voventium maxime adolescentium multitudo, altera celeberrima votorum sine fructu legitimæ prolis effractio, tertium contaminatio sacrorum tuæque constitutionis abominanda subversio. »

2. *Sophia* : « O quasi stetit in non vovendo tota reformacio... At vero hic non versatur reformacio principalis sed per alia media, qualia nunc et hic aperire non est consilium... Quis scit sin plures nunc ecclesiastici custodiant in cœlibatu castitatem illibatam quam, si juncti conjugio, maritalem conservassent?... Quid quod non humana præsumptione regitur Ecclesia sed Spiritus Sancti directione, puta omnia tempus habent... Sic aliquando per conjugatos regebatur Ecclesia, ut in antiqua lege; nunc per cœlibes in nova. Concludimus tandem nos interea contentos esse debere remediorum postulatione, qualia qualiterque tetigimus. »

ceux-là seuls s'y astreindraient qui le feraient spontanément et par une grande piété ¹.

Enfin Æneas Silvius, avant de devenir le pape Pie II, avait professé la même doctrine ².

Aux conciles de Constance ³ et de Bâle ⁴ on chercha seulement à réprimer le concubinat des prêtres. Mais à Constance, dans une pièce officielle, le cardinal Zabarella constatait que, si l'on n'arrivait pas à réprimer ces désordres, il vaudrait mieux permettre le mariage au clergé ⁵.

1. Panormit., sur c. VI, X, *De cler. conj.*, III, 3, n° 5 : « Numquid hodie Ecclesia possit statuere quod clericus possit contrahere matrimonium, sicut Græci ? Credo quod sic, et in hoc indubitatum est apud me respectu eorum qui non sunt obligati ex voto tacito vel expresso ; et sic intelligerem glos. in c. *Quæ ad perpetuam*, c. xxv, qu. 1. Probo ratione. Continentia non est in clericis secularibus de substantia ordinis, ut dicit Innoc. in c. *Placet De convers. conjug.*, nec de jure divino, quia alias Græci peccarent, nec excusaret eos consuetudo, quia illa non valet contra legem divinam, et iste de quo hic quæritur esset illegitimus, quia foret contra legem divinam genitus. Et non solum credo potestatem inesse Ecclesiæ hoc condendi, sed etiam quod pro bono et salute animarum, quia esset salubre statutum ut volentes continere et magis mereri relinquerentur eorum voluntati, non volentes autem continere possint contrahere, quia, experientia docente, contrarius prorsus effectus sequitur ex illa lege continentia cum hodie non vivant spiritualiter nec sint mundi, sed maculantur illicito coitu, cum eorum gravissimo peccato, ubi cum propria uxore esset castitas unde deberet Ecclesia facere, sicut bonus medicus, ut si medicina, experientia docente, potius officiat quam prosit, eam tollat. »

2. Theiner, *Acta genuina*, II, p. 318. *Pientinus* « dixit contra eos qui asserunt Pium II asseruisse concedenda sacerdotibus matrimonia ; sed id dixit Æneas Silvius. »

3. *Reformatorii in concilio Constantiensi de Ecclesiæ reformatione statuta generalia* (dans Van der Hardt, *Magnum concilium Constantiense*, t. I, p. 636), C. XXXIII, *Contra concubenarios*... : « Quia quam plures ordinarii et alii, ad quos pertinet, non adhibuerunt nec adhibent diligentiam quam deberent in eisdem provisionibus, crimen præfatum in multis locis cum maximo catholicorum scandalo et in totius clericalis contemptum ordinis frequentatur. »

4. Pragm. sanction de Charles VII, tit. XIX, *De concubinariis*.

5. *Francisci de Zabarellis, cardinalis Florentini, capita agendorum in concilio generali Constantiensi de reformatione Ecclesiæ* (Van der Hardt, *op. cit.*,

Les écoles protestantes dirigèrent sur ce point une de leurs principales attaques. C'était en partie pour ouvrir aux prêtres l'accès du mariage que Luther en faisait l'état religieux par excellence ¹, et Calvin a combattu la loi du célibat sacerdotal avec son énergie et son âpreté ordinaires ².

Toutes les critiques élevées contre la théorie du mariage canonique, du côté des protestants, ont été résumées dans un passage de l'*Institutio christianæ religionis* de Calvin ³ : on y trouve encore visée, outre les points que j'ai déjà signalés, l'interdiction des mariages pendant le *tempus feriarum*.

p. 525) : « Item circa concubenarios provideatur cum effectū. Alias sic negligendo præstaret permittere conjugium clericis. »

1. Ci-dessus, t. II, p. 144.

2. *Institutio christ.*, l. IV, c. XII, n^{os} 23-26, p. 444 et s.; c. XIX, n^o 36, p. 528.

3. Lib. IV, c. XIX, n^o 37, p. 528 : « Dum e matrimonio sacramentum fecerunt, ubi id semel obtinuerunt, conjugium causarum cognitionem ad se traxerunt, quippe res spiritualis erat profanis iudiciis non attractanda. Tum leges sanxerunt, quibus tyrannidem suam firmarunt, sed partim in Deum manifeste impias, partim in homines iniquissimas. Quales sunt : ut conjugia inter adolescentes, parentum injussu contracta, firma rataque maneant. Ne inter cognatos ad septimum usque gradum legitima sint matrimonia, et quæ contracta sunt dissolvantur. Gradus vero ipsos contragentium omnium iura et Mosis quoque politiam coniungunt. Ne viro, qui adulteram repudiaverit, alteram inducere liceat. Ne spirituales cognati matrimonio copulentur. Ne a Septuagesima ad octavas Paschæ, tribus hebdomadibus ante natalem Johannis, ab Adventu ad Epiphaniam nuptiæ celebrentur, et similes innumeræ quas recensere longum fuerit. »

CHAPITRE II

Le concile de Trente : ses travaux en ce qui concerne le mariage.

I. La tenue du concile. — II. Le fonctionnement du concile. — III. La question du mariage devant le concile. — IV. Les canons et les décrets. La congrégation des cardinaux interprètes du concile/de Trente.

Le concile de Trente fut la réponse officielle de l'Église à la Réforme. Il se proposa un double but : rétablir dans leur vérité les dogmes de la foi catholique contestés par les protestants, en les mettant par là au-dessus de toute discussion ; — en même temps, opérer cette réforme de la discipline ecclésiastique qu'avaient vainement tentée les conciles du xv^e siècle, et dont la réalisation était l'objectif même et la plus grande force du protestantisme. Mais c'était là une œuvre ardue ; le long espace de temps sur lequel s'étend l'activité du concile, et la fréquente interruption de ses sessions en sont la preuve manifeste.

I

Convoqué d'abord à Mantoue en 1536, puis reporté à Vicence sans plus d'effet, il fut enfin convoqué dans la ville de Trente par une bulle du pape Paul III du 22 mai 1542. Il s'ouvrit là le 1^{er} novembre 1542, et, après de longs travaux préparatoires, du 13 novembre 1545 au 3 mars 1547, il tint sept sessions générales où furent prises un certain nombre de décisions. Le 11 mars 1547, à raison de maladies conta-

gieuses qui régnaient dans la ville de Trente, il fut transféré à Bologne où il tint encore trois sessions (8-10), mais presque uniquement consacrées à voter des prorogations successives; et, le 14 septembre 1547, il se prorogea *ad beneplacitum concilii*, sans terme fixe.

Paul III mourut le 10 novembre 1549. Son successeur, Jules III, rendit, le 14 novembre 1550, une *bulle resumptionis*, convoquant de nouveau le concile dans la ville de Trente, et là, du 1^{er} mai 1551 au 28 avril 1552, se tinrent six sessions (11-16). C'est la seconde période du concile.

Jules III étant mort le 23 mars 1555, son successeur immédiat, Marcel II, ne régna qu'un mois, et Paul IV, qui fut élu après la mort de ce dernier, paraît avoir eu peu de goût pour le concile, bien que, selon Fra Paolo Sarpi, il en ait menacé le roi de France Henri II, à l'occasion de deux édits rendus par celui-ci, l'un sur le mariage des fils de famille, l'autre sur la résidence des bénéficiers¹. Toujours est-il qu'il ne le réunit point à nouveau.

Pie IV, qui succéda à Paul III le 25 décembre 1559, lança une nouvelle convocation, désignant encore la ville de Trente, pour le jour de Pâques 1561. Là commence la troisième et dernière période du concile, pendant laquelle furent tenues sept sessions (17-25), du 18 janvier 1562 au 4 décembre 1563. A cette dernière date le concile fut déclaré clos.

Pendant ce long et traînant développement, des incidents sans nombre s'étaient produits, tenant les uns aux négocia-

1. *Istoria del concilio Tridentino di Fra Paolo Sarpi*, lib. V, c. xxxiv : « Il pontefice a queste cose non penso, quando n'ebbe nuova, essendo la guerra in atto e avendo bisogna del re : ma cessato questo, si doleva che fosse posta mano sino ne sacramenti, e gravato il clero insopportabilmente. Percio diceva esser necessario col concilio provveder a tanti disordini, che erano molto maggiori abusi che quanti se sapevano oppor all'ordine ecclesiastico, e che bisognava di qua incominciare la riforma; che i prelati francesi non ardivano parlare stando in Francia ma quando fossero al concilio in Italia, liberi dal timore del re, si sarebbono ben uditi i lamenti e le que-rele. »

tions engagées avec les protestants, d'autres aux conflits et aux négociations avec les principaux princes séculiers de la catholicité, d'autres enfin aux divergences et aux différends entre les Pères du concile eux-mêmes.

Il existe toute une littérature sur l'histoire du concile de Trente; l'analyser n'entre point dans mon plan; mais il est nécessaire de signaler trois œuvres fondamentales que maintes fois j'aurai à utiliser.

La première est le livre de Fra. Paolo Sarpi, religieux et docteur en théologie, qui parut à Londres en 1619 sous ce titre : *Istoria del concilio Tridentino di Pietri Soave Polano* ¹. C'est un travail considérable et pénétrant, mais dont les catholiques ont toujours contesté la véracité. Plusieurs traductions françaises en ont été données aux XVII^e et XVIII^e siècles; la plus répandue et la meilleure est celle de Le Courayer, Bâle, 1737.

En second lieu, il faut indiquer l'histoire publiée en 1656-1657 par Sforza Pallavicino, dédiée au pape Alexandre VII qui, en 1657, fit l'auteur cardinal ². C'est moins un travail composé d'après un plan personnel et original qu'une réfutation du livre de Paolo Sarpi, comme l'indique le titre lui-même.

A côté de ces histoires, et de bien d'autres, il a été publié toute une série de documents sur les travaux du concile, dont l'importance est pour nous beaucoup plus grande. Les procès-verbaux, les *acta* officiels du concile n'ont jamais été publiés par la cour de Rome, quoique cette publication soit annoncée dans l'épître de l'éditeur Paul Manuce qui précède l'*editio princeps* des décisions du concile ³. Mais on a imprimé des

1. Je me servirai de l'édition suivante : *Istoria del concilio Tridentino di Fra Paolo Sarpi, dell' ordine dei servi*, con note, Mendrisio, 1835.

2. *Istoria del concilio di Trento scritta dal Padre S. Pallavicino della Compagnia di Gesù, ove insieme refutasi con autorevoli testimonianze un istoria falsa divulgata nello stesso argomento sotto nome di Petro Soave Palano*.

3. Theiner, *Acta genuina*, t. I, p. III et IV. [La publication des actes

journaux plus ou moins complets tenus par diverses personnes, deux en particulier où je puiserai largement. Le premier et le principal, qui contient la suite entière des travaux, est le *Diarium* d'Ang. Massarellus, qui fut secrétaire-notaire du concile. Il a été publié en 1874 par Augustin Theiner [et plus complètement par Merkle en 1901¹.] Le second journal est celui de Gabriel Paleottus, qui, alors auditeur de Rote, fut envoyé par Pie IV au concile de Trente comme *canonista sanctæ sedis ejusdemque officialis*. Il avait des fonctions très importantes; spécialement il était chargé de rédiger les décrets d'après les opinions des Pères; mais il rapporte seulement les actes du concile sous le pontificat de Pie IV. Édité d'abord à Londres en 1842 par J. Mendham, ce journal a été reproduit dans la publication de Theiner²; celui-ci fait remarquer qu'il complète heureusement pour les derniers temps le récit de Massarellus, *qui sub finem concilii frequenter ægrotabat, ingenti negotiorum mole oppressus*³. C'est d'après ces journaux que tout d'abord je vais indiquer quel fut le fonctionnement du concile, considéré comme assemblée délibérante et législative, et quelle part il fit dans ses travaux à la question du mariage.

du concile avec tous les autres documents qui concernent son histoire a été commencée en 1901 par la Görresgesellschaft : *Concilium Tridentinum. Diariorum, actorum, epistolarum, tractatum nova collectio*. Sont actuellement publiés : par Merkle, deux volumes de diaires (I, II); par Ehses, quatre volumes d'actes (IV, V, VIII, IX); par Buschbell, un volume de lettres (X). Joindre la correspondance des légats éditée par J. Susta, *Die römische Kurie und das Konzil von Trient unter Pius IV*, t. III et IV, Vienne, 1911-1914.]

1. C'est l'ouvrage déjà cité souvent : *Acta genuina ss. œcumenici concilii Tridentini, Zagrabiæ (in Croatia), 1874*. [Merkle, *Concil. Trident., Diarii*, I et II.]

2. *Acta genuina*, II, p. 521 et suiv.

3. Pour d'autres publications analogues et antérieures, voyez Theiner, t. I, p. vi et suiv. — Voyez encore : Th. Sickel, *Zur Geschichte des Concils von Trient, Aktenstücke aus Oesterreichischen Archiven*, Wien, 1872. — Döllinger, *Sammlung von Urkunden zur Geschichte des Concils von Trient*, Nordlingen, 1876.

II

Massarellus a commencé son Journal par un *Ordo celebrandi concilii*.

Le concile a compris comme membres ayant voix délibérative, dans les congrégations générales ou sessions, les légats du pape présidents, les cardinaux, patriarches, archevêques, évêques, abbés et généraux d'ordres religieux ¹. Pour user de leur voix délibérative, ces Pères devaient voter en personne ; les *procuratores* des absents furent tout au plus admis avec voix consultative, et encore pas toujours ².

Le droit d'initiative, pour les décisions du concile, paraît avoir été réservé au pouvoir pontifical et exercé par les représentants de la papauté. Mais les projets de décrets se faisaient de deux façons : *per deputatos* ou *per legatos* ³. Les *deputati* étaient des Pères élus par le concile lui-même. Lorsqu'on procédait *per legatos*, c'étaient les légats du pape ou présidents du concile qui faisaient rédiger le projet par des hommes de leur choix, qui pouvaient être pris hors des personnes ayant voix délibérative ⁴.

Les congrégations générales prenaient seules les décisions définitives ; mais ce n'étaient point les seules réunions où l'on

1. Theiner, *Acta*, t. I, p. 6 : « Congregationes generales dicuntur, in quibus conveniunt omnes Patres in concilio vocem habentes, nempe legati, præsidentes, cardinales, patriarchæ, archiepiscopi, episcopi, abbates et generales ordinum. »

2. Theiner, *Acta*, t. I, p. 6.

3. Theiner, *Acta*, t. I, p. 10.

4. Theiner, *Acta*, t. I, p. 10 : « Per aliquos doctos et peritos viros ex iis qui præcipui in synodo habebantur vel ex Patribus vel ex privatis theologis et canonicis idque privatim et familiariter. » Sur le pouvoir des *deputati*, nous trouvons une contestation qui se rapporte à notre sujet même. *Castellanetensis* (Theiner, *Acta*, II, p. 348 ; Ehses, *Concil. Trident.*, *Acta*, IX, p. 704) : « Petit restitui III canonem primo propositum de clandestinis ; de quo protestatus est rogans ut sua protestatio registretur. Non enim, inquit, poterant deputati illud subtrahere quod fuerat approbatum a Patribus. »

discutât les matières à résoudre. Des assemblées préparatoires se tenaient aussi, soit avant que le projet de décret fût présenté aux Pères, soit après qu'il avait été proposé, mais lorsqu'il n'avait pas été adopté, ayant soulevé des critiques ou *censuræ*. Ces assemblées préparatoires étaient elles-mêmes de diverses sortes. Les unes étaient des congrégations particulières des Pères, où l'on réunissait soit les théologiens ¹, soit les canonistes ² les plus éminents. Les autres étaient des *congregationes theologorum minorum*; on y admettait alors les théologiens qui suivaient le concile sans y avoir voix délibérative, sans faire partie des Pères ³. Sous Pie IV, le nombre de ces théologiens devint si considérable que, souvent, on ne les réunissait point en une seule congrégation; on les répartissait alors en sections, dont chacune examinait un certain nombre de propositions ou d'articles ⁴.

Enfin, il y eut aussi, sous Paul III, des congrégations particulières qui n'étaient pas autre chose qu'un certain nombre de grandes commissions, entre lesquelles se répartissaient tous les membres du concile. La discussion y était moins solennelle qu'en assemblée générale et pouvait avoir lieu en langue vulgaire ⁵.

1. Theiner, *Acta*, I, p. 8 : « Congregationes prælatorum theologorum, id est eorum Patrum qui præcipue sacram theologiam profitentur. »

2. Theiner, *Acta*, I, p. 8 : « Congregationes prælatorum, canonistarum, ac juristarum, id est eorum qui præcipue jus canonicum et civile profitentur. »

3. Theiner, *Acta*, I, p. 9 : « Articuli antequam Patribus proponerentur exhibebantur disputandi ac discutiendi theologis minoribus, id est non prælatis, et ii sunt omnes vel sæculares vel regulares qui sacram theologiam profitentur, cujusvis ordinis, gradus, status, vel dignitatis existant. »

4. Theiner, *Acta*, I, p. 9 : « Usque adeo numerus theologorum uti etiam Patrum auctus est ut aliquando non potuerint omnes super uno quoque articulo audiri : quare distincti sunt ipsi theologi per classes et unicuique classi sui propositi articuli discutiendi. »

5. Theiner, *Acta*, I, p. 8 : « Constitutæ sunt sub Paulo III congregationes particulares in quibus tota synodus divisa in tres classes conveniebat coram quolibet ex præsidentibus, pari numero, eadem die, eadem hora et super eisdem articulis et materiis examinandis et discutiendis familiariter et do-

Dans les congrégations générales qui devaient arrêter les décisions, lorsque les décrets soulevaient des objections on les retouchait et on les représentait jusqu'à ce qu'on obtînt l'unanimité ou du moins une majorité bien marquée ¹.

Disons enfin que les discussions n'étaient pas toujours calmes. Sans doute, dans la forme un peu sèche du *Diarium* de Massarellus, ces éclats n'apparaissent point; mais lui-même signale la chose dans son *Ordo celebrandi concilii* ².

III

Le concile de Trente, dans sa première période, n'aborda pas la question du mariage d'une façon directe et principale. Il avait pourtant dans la session septième, tenue le 3 mars 1547, dégagé le principe fondamental d'où presque tout le reste devait découler, en déclarant qu'il y avait exactement sept sacrements et que le mariage en était un ³.

Dans sa seconde période (1549-1552), il aborda le débat dans toute sa portée, mais ne put aboutir. Fra Paolo Sarpi raconte qu'en 1552 on résolut d'examiner cette matière, qu'il y eut à cet effet une congrégation générale et des députés élus pour préparer les canons et décrets; que les présidents arrêterent trente-trois articles pour être discutés par les *theologi* et ordonnèrent aux députés d'arrêter les canons au fur et à mesure des discussions ⁴. Il y eut réellement quelques assem-

mestice, per propositiones et replicationes, tam latina quam materna lingua et prout unicuique commodius visum fuisset. »

1. Theiner, *Acta*, I, p. 10 : « Quod toties fit quousque vel ad omnibus, si fieri potest (quod omni cura studio ac diligentia præsidentes ac deputati procurant), vel saltem a longe majori parte comprobatur. »

2. Theiner, *Acta*, I, p. 7.

3. *Canones et decreta concilii Tridentini*, éd. Schulte et Richter, Lipsiæ, 1853, p. 40, c. I et VI. — Theiner, *Acta*, I, p. 456 et suiv.; [Ehser, *Concil. Trid.*, *Acta*, V, p. 995. Sur tous ces débats, voir Le Bras, *Mariage*, col. 2233-2247.]

4. Lib. IV, c. XLV : « Ma i presidenti, per eseguir quanto era decretato di esaminar la materia del matrimonio, fatta congregazione generale, ed eletti deputati, diedero fuori trentatre articoli in quella materia, per esser discussi

blées et il fut fait un projet de six canons. Mais alors les protestants, qu'on n'avait pas encore désespéré d'amener au concile et avec lesquels on négociait, intervinrent par l'intermédiaire des ambassadeurs des princes allemands. Ils déclarèrent que jusque-là ils avaient espéré obtenir la rétractation des décisions précédemment arrêtées sans leur participation ; mais que dorénavant ils ne pouvaient conserver cet espoir, puisqu'on entamait de nouvelles matières d'une si grande importance. Ces observations eurent pour résultat d'arrêter le travail commencé, et cela sur l'intervention de l'empereur. Sur ce point, Pallavicino¹ est d'accord avec Paolo Sarpi, avec une seule divergence. Le second affirme que l'empereur dut user d'un moyen énergique, ordonner aux évêques de son obéissance de cesser toute participation aux travaux préparatoires, et menacer le pape de solennelles protestations ; Pallavicino prétend qu'il n'employa que des prières.

Le Journal de Massarellus est muet sur tout cela. Il constate seulement qu'à partir du 9 mars 1552 on cessa les discussions et l'examen des articles, afin de permettre aux protestants d'envoyer leurs théologiens, et cela sur une requête des ducs de Saxe et de Wurtemberg adressée au concile². Par suite de cet arrêt, la question devait dormir longtemps ; elle ne fut reprise qu'en 1563.

Elle fut remise sur le tapis par le légat du pape, premier

da teologi ; e ordinarono anco che i deputati formassero i canoni, secondo che i particolari si andavano ventilando ; si fecero alquante congregazioni, e furono anco formati sino sei canoni. Ma avendo i protestanti fatto condoglianza con gli ambasciatori imperiali... Questa risoluzione dell' imperatore significata in Trento, fu causa che si fece una congregazione generale, e proposta questa considerazione, fu deliberato sopraseder da ogni azione conciliare, a beneplacito pero della sinodo. »

1. Lib. XIII, c. II.

2. Theiner, *Acta*, I, p. 654 : « Nihil omnino in concilio peractum fuit in gratiam protestantium Germanorum, ut eorum theologi expectarentur, et in ipsis articulis audirentur, sicuti oratores ducum Saxoniae et Virtembergensis in eorum comparitionibus a s. synodo petierunt. »

président du concile, le 3 février 1563¹. Il proposait que, tout d'abord, on fît disputer les théologiens sur le sacrement de mariage². En conséquence, le 4 février, le président proposa huit articles à la discussion des *theologi minores*. Comme ces derniers étaient fort nombreux, on les divisa en quatre classes, dont chacune eut à discuter deux articles³. En effet, du 9 février 1563 au 22 mars, les *theologi minores* tinrent trente-six congrégations particulières, dont le procès-verbal sommaire est rapporté par Massarellus⁴.

Le 20 juillet 1563, les présidents soumièrent aux Pères du concile onze canons sur le sacrement de mariage et un décret de réforme sur les mariages clandestins et sur ceux contractés par les fils de famille *sine parentum consensu*⁵. Dès lors commencèrent des débats longs et difficiles, où la principale difficulté devait être le décret de réforme. La discussion eut lieu du 24 juillet 1563 au 31 juillet dans quatorze congrégations générales⁶ : mais cette fois les projets ne furent point adoptés et donnèrent lieu à de nombreuses *censuræ*⁷. En conséquence, l'œuvre fut remise sur le chantier. On retoucha le projet de canons et de décret, et l'on y joignit des *canones super abusibus circa sacramentum matrimonii*. Massarellus donne ces derniers comme étant eux-mêmes une seconde rédaction d'un projet déjà présenté, *reformati iterum examinandi*⁸. Mais il n'en a point parlé auparavant.

1. Theiner, *Acta*, II, p. 230; [Ehses, *Concil. Trident.*, *Acta*, IX, p. 376.]

2. Voyez un discours du cardinal de Lorraine dans ce sens; Theiner, *Acta*, II, p. 231; [Ehses, *Concil. Trident.*, IX, p. 376.]

3. Voyez les articles ainsi que leur distribution entre les quatre classes dans Theiner, *Acta*, II, p. 232-233; [Ehses, *Concil. Trident.*, IX, p. 380;] cf. Paolo Sarpi, lib. VII, c. LIX.

4. Theiner, *Acta*, II, p. 233-260; [Ehses, *Concil. Trident.*, IX, p. 382 à 470.]

5. Theiner, *Acta*, II, p. 313-314; [Ehses, *Concil. Trident.*, IX, p. 639 à 640.]

6. Theiner, *Acta*, II, p. 314-334; [Ehses, *Concil. Trident.*, IX, p. 642 à 680.]

7. Theiner, *Acta*, II, p. 334; [Ehses, *Concil. Trident.*, IX, p. 680.]

8. Theiner, *Acta*, II, p. 335-336; [Ehses, *Concil. Trident.*, IX, p. 682 à 684.]

Ce nouveau projet fut discuté, *en seconde lecture*, du 11 au 23 août, dans vingt congrégations générales¹; mais on ne put pas encore arriver à une entente, et l'on releva de nouvelles *censuræ*².

On retoucha une seconde fois le projet, et, le 5 septembre, on soumit aux Pères un nouveau texte des canons sur le sacrement de mariage, ainsi que du décret de réforme et des *canones super abusibus tertio reformati*³. Du 7 au 10 septembre eut lieu la *troisième lecture*, dans sept congrégations générales⁴. Le vote décisif ne fut pas encore acquis.

Enfin, le 13 octobre fut présenté un nouveau projet, *quarto reformatum*, dans lequel on avait fondu en un seul décret le *decretum de clandestinis* et les *canones circa abusum*⁵. Il fut discuté, dans deux congrégations générales, les 26 et 27 octobre⁶.

C'est ce qu'on peut appeler la quatrième et dernière lecture, car les articles ne furent plus retouchés. Mais, dans l'intervalle entre cette lecture et la précédente, sur une question capitale, celle de l'annulation des mariages clandestins, une dispute solennelle avait eu lieu en dehors du concile, le 14 septembre. Massarellus n'en parle pas; mais Paleotti la signale avec soin⁷. Là, dans une séance publique à laquelle assistaient des laïques, un débat eu lieu entre *theologi minores*, six d'un côté et six de l'autre; on ne put d'ailleurs se convaincre de part ni d'autre, et il fallut dissoudre l'assemblée par suite du tumulte et de la confusion⁸.

1. Theiner, *Acta*, II, p. 338-369; [Ehsses, *Concil. Trident.*, IX, p. 685 à 747.]

2. Theiner, *Acta*, II, p. 369; [Ehsses, *Concil. Trident.*, IX, p. 747.]

3. Theiner, *Acta*, II, p. 386-388; [Ehsses, *Concil. Trident.*, IX, p. 748.]

4. Theiner, *Acta*, II, p. 391-397; [Ehsses, *Concil. Trident.*, IX, p. 774-795.]

5. Theiner, *Acta*, II, p. 424-427; [Ehsses, *Concil. Trident.*, IX, p. 888-890.]

6. Theiner, *Acta*, II, p. 425-429; [et plus complètement Ehsses, *Concil. Trident.*, IX, 891-906.]

7. Theiner, *Acta*, II, p. 655 et s.

8. Theiner, *Acta*, II, p. 666 : « Orta deinde est contentio et confusio, unde congregatio dissoluta est. »

Le 11 novembre 1563 eut lieu le vote, après quelques nouvelles observations¹ : le texte déjà discuté fut adopté sans modifications, bien que plus de cinquante Pères eussent protesté contre le décret *De clandestinis*². Il fut promulgué comme compris dans la XXIV^e session du concile ; il contient douze canons *de sacramento matrimonii*, précédés d'une préface, et un long *decretum de reformatione matrimonii*, divisé en dix chapitres.

IV

Comme on vient de le voir, les décisions du concile sur le mariage, comme d'ailleurs sur les autres matières, se divisent en deux catégories : les *canones* et les *decreta*. Les premiers statuent sur le dogme et se reconnaissent extérieurement à ce qu'ils sont assortis de l'anathème contre les dissidents ; les seconds traitent de la réforme et de la discipline et ne contiennent pas l'anathème³. La plupart des *Sessiones*, qui ne sont pas autre chose que les séances, parfois continuées pendant plusieurs jours, dans lesquelles des groupes d'articles ont été adoptés, contiennent généralement et des *canones* et des *decreta* ; car, à la suite des différents canons, on eut soin de mettre en discussion les réformes de discipline qui se rapportaient à la même matière⁴.

Pour les décrets comme pour les canons, l'Église prétendait avoir fait une œuvre définitive, et l'on prit des précautions pour que rien ne vînt l'altérer. Dans la bulle par laquelle il confirma les décisions du concile, le pape Pie IV défendit expressément d'en faire et publier aucun commentaire ou

1. Theiner, *Acta*, II, p. 463 ; [Ehses, *Concil. Trident.*, IX, p. 966.]

2. Theiner, *Acta*, II, p. 467 ; [Ehses, *Concil. Trident.*, IX, p. 974 et s.]

3. Doujat, *Prænotiones canonicæ*, Mitaviæ et Lipsiæ, 1776, I, p. 305 :

« Dividitur in sessiones XXV, quarum pleræque duabus constant partibus, canonibus qui res fidei et anathemata continent et decreta de morum reformatione. »

4. Voyez l'*Ordo celebrandi s. concilii Tridentini* de Massarellus, dans Theiner, *Acta*, I, p. 11.

glose sous une forme quelconque, réservant absolument l'interprétation à la papauté¹. Il est curieux de constater que c'est justement là ce que recommandera Pussort à Louis XIV pour assurer la stabilité et l'immobilité de ses grandes ordonnances². D'ailleurs, par la force des choses, cette prohibition a été inefficace. Si elle a empêché les commentaires exégétiques et en forme, elle n'a point empêché que l'interprétation des décrets du concile ne se fît très à fond, dans des traités spéciaux, des monographies consacrées aux diverses matières réglementées par lui. C'est en particulier ce qui s'est produit pour le mariage.

Mais la pensée qui avait inspiré à Pie IV cette défense a créé en même temps une institution, dont la fortune et l'importance ont toujours été en grandissant. Excluant l'interprétation privée, purement scientifique, la papauté dut nécessairement organiser pour le concile de Trente une interprétation officielle. Cela se fit par la constitution d'un grand corps, la *Sacra Congregatio cardinalium Concilii Tridentini interpretum*, ou *Congregatio Concilii*. Instituée par Pie IV, en 1564, pour surveiller l'exécution des décrets de réforme du concile, elle n'eut d'abord aucun pouvoir de décision propre; mais

1. Schulte et Richter, *Canones et decreta c. Trident.*, p. 482 : « Ad vitandum præterea perversionem et confusionem quæ oriri posset si unicuique liceret, prout ei liberet, in decreta concilii commentarios et interpretationes suas edere, apostolica auctoritate inhibemus omnibus, tam ecclesiasticis personis, cujuscumque conditionis sint ordinis et gradus, quam laicis, quocumque honore et potestate præditis... ne quis sine auctoritate nostra audeat ullos commentarios, glossas, annotationes, scholia, ullumve omnino interpretationis genus super ipsius concilii decretis quocumque modo edere, aut quicquam quocumque nomine, etiam sub prætextu majoris decretorum corroborationis aut executionis, aliove quæsito colore statuere. »

2. *Bibliothèque nationale, manuscrits* : Mélanges Clérambault n° 613 (Mémoire de Pussort, p. 453) : « Faire deffense à qui que ce soit de faire aucunes nottës ni commentaires sur les orlonnances, ni aucun recueil d'arrests sous peine de faux, de 100.000 livres d'amande et de la confiscation des exemplaires, les commentaires des ordonnances et les raisonnements tirez des arrests ne tendans qu'à en affoiblir l'autorité sous les prétextes spécieux d'équité et de la force des choses jugées. »

ses attributions furent étendues par Pie V; elle reçut enfin de Sixte-Quint le droit ferme d'interpréter les *decreta de reformatione*, sauf, en cas de doute, à demander l'approbation du pape. Elle est devenue un corps ayant des attributions administratives, législatives et judiciaires¹. Elle a en effet pour mission générale de surveiller dans l'Église entière l'observation et l'exécution des décrets de réforme du concile de Trente, de dissiper tous les doutes qui peuvent s'élever sur leur sens et leur application, et de trancher les affaires contentieuses qui sont portées devant elle, d'après le droit contenu explicitement ou implicitement dans le concile de Trente. Par cette dernière fonction, elle a un pouvoir judiciaire; elle a un pouvoir d'administration en ce qu'elle peut prendre, pour assurer l'exécution des décrets du concile, des dispositions réglementaires, obligatoires pour les autres autorités ecclésiastiques, par exemple en ce qui concerne la procédure des causes matrimoniales; enfin, elle donne par des *declarationes* l'interprétation des décrets (non des canons) que la bulle de Pie IV réservait au pouvoir législatif de la papauté.

Une des principales matières pour lesquelles la Congrégation exerce son pouvoir judiciaire est celle du mariage et des fiançailles. On peut même dire qu'avec l'affaiblissement et l'effacement des juridictions ecclésiastiques dans la plupart des pays d'Europe, le jugement des causes matrimoniales s'est en réalité concentré devant la *Congregatio Concilii*. Cependant celle-ci ne procède jamais elle-même à l'instruction des affaires dont elle est saisie; c'est un axiome que : *Acta non conficit sed omnia quæ facti sunt ad iudices ordinarios rejicit*. Elle ne statue vraiment que sur les questions de droit, y compris bien entendu l'appréciation des preuves

1. Sur ce sujet, voyez Hinschius, *System des katholischen Kirchenrechts*, t. I, p. 457 et s. C'est à lui que sont empruntés les détails qui suivent. P. Graziani, *Sisto V e la sua riorganizzazione della S. Sede*, 1910; Säg-müller, *Die Geschichte der Congregatio concilii Tridentini von dem Motu proprio Alias nos non nullas, von 2 August 1564. Archiv für kath. Kirchenrecht*, XXX, 1900, p. 1 et s.

fournies. Si donc la cause, qui a été portée devant elle, n'a pas encore fait l'objet d'une procédure judiciaire, la Congrégation renvoie l'instruction de l'affaire au juge ordinaire des parties, et celui-ci expédie ensuite les pièces avec ses propres observations. Il n'y a point à proprement parler de débat devant la Congrégation; les parties peuvent seulement faire valoir par des avocats de la curie les conséquences juridiques qui se dégagent des pièces de la procédure. Il y a cependant deux modes de procéder devant elle : l'un ordinaire (*juxta ordinem juris*), l'autre sommaire (*per summaria precum*). Comme une haute cour d'équité, elle a diverses manières de formuler, et, pour ainsi dire, de doser et de tempérer les sentences qu'elle rend ¹.

La jurisprudence de la Congrégation du Concile sur les questions matrimoniales est devenue l'expression réelle et pratique du droit canonique en cette matière; c'est par elle qu'il continue sa vie, et maintes fois j'aurai à la citer. Cependant, malgré leur importance, ses décisions pendant fort longtemps, jusqu'au XVIII^e siècle, n'ont point été officiellement réunies et publiées. On les citait néanmoins, et, pour les besoins de la pratique, on en faisait des recueils plus ou moins fidèles. Au milieu du XVIII^e siècle, on se décida, pour des années isolées, à en donner une publication officielle; puis Prospero Lambertini, qui alors remplissait les fonctions de secrétaire de la Congrégation et qui devait être un jour le pape Benoît XIV, décida la publication de toutes les décisions rendues depuis 1718. La publication périodique et régulière s'est alors établie et continuée jusqu'à nos jours, sous le titre *Thesaurus resolutionum Sacræ Congregationis Concilii quæ consentanea ad Tridentinorum Patrum decreta aliasque canonici juris sanctiones prodierunt* ².

1. Sur les formules : *non expedire*; *et amplius*; *ad mentem*, voyez Hinschius, *op. cit.*, p. 462-463.

2. Cf. Tardif, *Histoire des sources du droit canonique*, p. 233 et s. — Dans mes citations de la jurisprudence de la Congrégation, je ne renverrai pas directement au *Thesaurus* officiel, cette immense collection n'étant pas à

la disposition ou à la commodité de la plupart des lecteurs. Je renverrai à divers recueils faits par des particuliers et contenant un choix des décisions les plus importantes. J'utiliserai le plus souvent le recueil dont MM. Schulte et Richter ont accompagné leur édition du concile de Trente : *Canones et decreta concilii Tridentini ex editione Romana a. M DCCC XXXIV repetiti ; accedunt S. Cong. card. Conc. Trid. interpretum declarationes ac resolutiones ex ipso resolutionem thesauro, bullario Romano et Benedicti XIV operibus... selectæ*, Lipsiæ, 1853. C'est à cette édition des décisions du concile de Trente que je renverrai toujours dans la suite, en la désignant simplement par ces mots : Schulte et Richter.

CHAPITRE III

Les décisions du concile de Trente sur la nature et les formes du mariage.

SECTION PREMIÈRE : *Le sacrement de mariage.*

SECTION DEUXIÈME : *Les formes et la preuve du mariage.* — I. Les mariages clandestins et le mariage des fils de famille ; le premier projet ; les objections et les conciliations. — II. Modifications successivement apportées au projet ; les résolutions définitives. — III. La publication des bans et autres formalités préalables à la célébration. — IV. La célébration du mariage ; la détermination du *proprius parochus*. — V. Le rôle du *parochus* dans la célébration ; le pouvoir de délégation. Les *vagi*. — VI. Les témoins. — VII. La preuve du mariage. — VIII. La publication du décret *de clandestinis* ; son application quant aux personnes et quant aux lieux. — IX. La réglementation postérieure ; le *liber status* ; la constitution de Benoît XIV sur les mariages secrets. — X. La réglementation du concile de Trente et l'ancien droit français.

SECTION PREMIÈRE

Le sacrement de mariage.

La question fondamentale que le concile avait à résoudre — car de sa solution dépendait la solution de la plupart des autres — était celle concernant la nature même du mariage : était-il ou non un sacrement ? Le concile l'avait tranchée par avance, conformément à la tradition, dès sa session septième ¹.

1. Schulte et Richter, p. 40. [Voir *supra*, p. 143, n. 3. Sur la littérature théologique contemporaine au concile, voir Le Bras, *Mariage*, col. 2229, sur la littérature postérieure, col. 2249 et s.]

Mais il la reprit directement et spécialement lorsqu'il aborda la matière du mariage, comme on l'a vu plus haut. Il affirma de nouveau, avec la sanction de l'anathème, que le mariage était un sacrement de la nouvelle loi, institué par le Christ, et qu'il conférait la grâce¹. En même temps, il déduisait, en autant de canons, les principales conséquences découlant de ce principe, choisissant spécialement celles qui avaient été énergiquement contestées par les protestants.

Les Pères ne se contentèrent pas de voter ces canons; ils les firent précéder d'une exposition et démonstration doctrinale, dans laquelle le caractère de sacrement était établi par l'accumulation des diverses justifications qu'a produites la théologie². Cette préface significative ne se trouvait point dans le premier projet, qui ne contenait rien de pareil³. Ce furent les Pères qui en firent la demande dans la discussion, désirant *ut præmittatur titulus, doctrina*. Beaucoup d'orateurs se prononcèrent dans ce sens⁴; très peu firent des objec-

1. Session XXIV, *De sacramento matr.*, c. 1 (Schulte et Richter, p. 245) : « Si quis dixerit matrimonium non esse vere et proprie unum ex septem legis evangelicæ sacramentis a Christo Domino institutum, sed ab hominibus in Ecclesia inventum neque gratiam conferre : anathema sit. »

2. *Doctrina de sacramento matrimonii* (Schulte et Richter, p. 244); voyez ci-dessus, t. I, p. 72, note 1.

3. Theiner, *Acta*, II, p. 313; [Ehses, *Concil. Trident.*, IX, p. 639.].

4. [Voyez Mutinensis (Theiner, *Acta*, II, p. 322; Ehses, *Concil. Trident.*, IX, p. 658); Calamonensis (Theiner, II, p. 322; Ehses, IX, p. 659); Aurelianensis (Theiner, II, p. 322; Ehses, IX, p. 660); Vulturariensis (Theiner, II, p. 323; Ehses, IX, p. 660); Larinensis (Theiner, II, p. 324; Ehses, IX, p. 662); Gerundensis (Theiner, II, p. 324; Ehses, IX, p. 663); Auriensis (Theiner, II, p. 324; Ehses, IX, p. 663); Nemausensis (Theiner, II, p. 327; Ehses, IX, p. 667); Brixienensis (Theiner, II, p. 327; Ehses, IX, p. 668); Iprensis (Theiner, II, p. 328; Ehses, IX, p. 669); Venciensis (Theiner, II, p. 329; Ehses, IX, p. 670); Barcinonensis (Theiner, II, p. 329; Ehses, IX, p. 670); Niochensis (Theiner, II, p. 330; Ehses, IX, p. 671); Guadiscensis (Theiner, II, p. 330; Ehses, IX, p. 672); Marcicanus (Theiner, II, p. 332; Ehses, IX, p. 677); Usellensis (Theiner, II, p. 333; Ehses, IX, p. 677); Abbas Augustinus (Theiner, II, p. 333; Ehses, IX, p. 678); Cassinensis (Theiner, II, p. 333; Ehses, IX, p. 678); Generalis Eremitarum Sancti

tions¹. Sans doute, leur pensée fut qu'il ne suffisait pas d'une sentence sans considérants et sans preuves pour condamner les opinions des protestants.

En conséquence, le projet présenté en seconde lecture contenait une introduction, mais très courte². Cela ne donnait en réalité aucune satisfaction au vœu exprimé; de différents côtés on en fit la remarque³. En troisième lecture, l'introduction reparut, renforcée et démonstrative; mais elle ne fut pas encore considérée comme suffisante⁴. C'est seulement à la quatrième lecture qu'elle prit la forme amplifiée et définitive qu'elle a gardée⁵.

Quant au canon fondamental, qui proclamait que le mariage est un véritable sacrement, il ne souleva et ne pouvait soulever aucune objection. Dans la discussion préparatoire, les *theologi minores* avaient seulement reconnu que ce point ne résultait pas des termes formels de l'Écriture,

Augustini (Theiner, II, p. 334; Ehses, IX, p. 679).] — Faisons remarquer une fois pour toutes que les prélats sont toujours désignés par leurs titres et leur siège, point par leur nom propre. Dans l'édition des *Canones et decreta* de Schulte et Richter on trouve, p. 618, une liste ou catalogue où les noms sont donnés avec les titres.

1. Voyez cependant *Calvensis* (Theiner, *Acta*, II, p. 329; Ehses, *Concil. Trident.*, IX, p. 674) : « Nulla doctrina aut præfatio præponatur; sed si ponetur sit brevis et clara. »

2. Theiner, *Acta*, II, p. 335; [Ehses, *Concil. Trident.*, IX, p. 682] : « SS. œcumenica Tridentina synodus, post absolutam de sex Ecclesiæ sacramentis sigillatim atque in specie diffinitionem, damnatasque plurimas hæreses et falsa dogmata... quod reliquum est, illos etiam præcipuos ac insigniores errores atque hæreses exterminare intendens, quæ circa matrimonii sacramentum a Sathanæ ministris his nostris temporibus suscitatae aut inventæ sunt, hæc diffinit ac statuit. »

3. *Cauriensis* (Theiner, *Acta*, II, p. 352; Ehses, *Concil. Trident.*, IX, p. 742) : « Desiderat præfationem ornari aliqua auctoritate Scripturæ. »

4. *Madrutius* (Theiner, *Acta*, II, p. 391; Ehses, *Concil. Trident.*, IX, p. 779) : « Secunda præfatio magis placet, et magis placeret si fieret uberior. » — *Segobiensis* (Theiner, II, p. 394; Ehses, IX, p. 785) : « Dixit necessariam esse doctrinam his canonibus, et quæ est proposita non est sufficiens. »

5. Le texte dans Schulte et Richter, p. 214.

qu'il était simplement établi par la tradition de l'Eglise¹.

Les autres canons sur le sacrement de mariage déduisent, je l'ai dit, les principales conséquences de ce principe. L'un d'entre eux, celui qui affirme la compétence des juridictions ecclésiastiques quant aux causes matrimoniales², a été examiné précédemment³; presque tous les autres visent la théorie des empêchements ou celle du divorce et de la séparation, et seront étudiés plus loin. Deux seulement, le deuxième et le dixième, restent à signaler ici.

Le canon 2 établit le principe de monogamie⁴ déjà affirmé dans la préface⁵. Quelques sectes extrêmes avaient pu déjà, d'autres devaient dans l'avenir invoquer la polygamie, rappelée dans l'Ancien Testament, pour la justifier parmi les

1. *Ferdin. Bellosillo, Hispanus* (Theiner, *Acta*, II, p. 241; Ehses, *Concil. Trident.*, IX, p. 403) : « Quod autem matrimonium sit sacramentum et gratiam conferat habetur vere ex traditione apostolorum et Ecclesiæ, cum loca Scripturæ non usque adeo clare probant, sicuti non habetur expresse in Scripturis quod baptismus sit sacramentum, sed tantum ex traditione Ecclesiæ. » — *Antonius de Gagnano (Italus)*, (Theiner, II, p. 243; Ehses, IX, p. 407) : « Non videtur tamen quod ex verbis Pauli possit colligi matrimonium esse sacramentum, sed colligitur esse signum conjunctionis Christi cum Ecclesia. Paulus intelligit esse maximum secretum et mysterium, quod ex viro et femina fiat una caro, sicuti maximum est secretum quod ex Christo et Ecclesia fiat unum corpus, scilicet ex Christo tanquam capite et Ecclesia tanquam membris, unum unitate mystica, cum enim dicit : hoc est magnum sacramentum, refertur ad id quod proxime dixerat : et erunt duo in carne una. Non colligitur igitur ex illis verbis Pauli matrimonium esse sacramentum, sed habetur ex auctoritate Ecclesiæ, quæ fundatur in XIX Matth. : Quod Deus conjunxit homo non separet; Deus enim non conjunxit contractum, sed gratiam, estque sacramentum novæ legis non veteris. »

2. C. XII (Schulte et Richter, p. 216).

3. Ci-dessus, t. I, p. 79. [Il ne passa cependant qu'avec beaucoup de difficultés. Voir Le Bras, *Mariage*, col. 2245.]

4. Schulte et Richter, p. 215 : « Si quis dixerit licere christianis plures simul habere uxores et hoc nulla lege divina esse prohibitum : anathema sit. »

5. Schulte et Richter, p. 215 : « Hoc autem vinculo duos tantummodo copulari et conjungi Christus Dominus apertius docuit. »

chrétiens. C'est cette interprétation que condamnait le concile.

Le canon 10 avait pour objet de condamner la doctrine de Luther, qui plaçait l'état de mariage au-dessus de l'état de virginité ou de célibat, et de confirmer le mérite supérieur que la tradition de l'Église attachait à la continence¹.

SECTION DEUXIÈME

Les formes et la preuve du mariage.

La modification la plus profonde qu'introduisit le concile de Trente dans le droit matrimonial consista à transformer en contrat solennel le mariage, qui, jusque-là, avait été traité comme un contrat consensuel. C'était une révolution véritable; on réagissait par là contre une longue et forte tradition. Aussi, bien que la réforme fût impérieusement exigée par le sentiment public, ne put-elle pas se faire accepter sans soulever une vive résistance dans le concile. En effaçant du droit canonique ce qui, depuis des siècles, était considéré comme un principe fondamental en cette matière, on pouvait craindre d'ébranler dans sa base la théorie tout entière. Je vais étudier le laborieux enfantement de cette réforme capitale, suivre les crises par lesquelles elle a passé. Mais, pour cela, il faut savoir que le concile tout d'abord se proposa une réforme

1. Schulte et Richter, p. 216 : « Si quis dixerit statum conjugalem anteponendum esse statui virginitatis vel cœlibatus, et non esse melius et beatius manere in virginitate vel cœlibatu quam jungi matrimonio : anathema sit. » [Les théologiens du concile se sont aussi occupés de la nature contractuelle du mariage et des rapports du sacrement et du contrat, frayant ainsi le chemin aux régalistes qui poussaient la théorie de la distinction des deux éléments jusqu'à des conséquences logiques. Di Pauli, *Das Recht des Staates bezüglich der Aufstellung trennender Ehehindernisse nach der Lehre der französischen und deutschen Regalisten* (*Archiv für kath. Kirchenrecht*, XCVII, 1917, p. 230) et Le Bras, *Mariage*, col. 2236. Sur les discussions relatives à la forme, à la matière du sacrement avant et pendant le concile, voir Le Bras, *Mariage*, col. 2231-2 et 2235.]

moins considérable : il se proposa simplement l'élimination des mariages clandestins. Cependant il n'eut pas à statuer isolément sur la valeur des mariages clandestins ; une autre question était jointe à celle-là, qui, pratiquement, avait avec elle une étroite connexité : la validité des mariages contractés par les fils de famille *sine consensu parentum*¹.

I

Le premier projet, présenté aux Pères du concile le 20 juillet 1563, contenait trois dispositions sur cette matière².

1^o Un canon (alors can. 3) déclarait *vera ac rata matrimonia* les mariages clandestins actuellement consentis. Il ajoutait qu'il n'était pas au pouvoir des parents de les confirmer ou de les annuler, *rata vel irrita facere*, lorsqu'ils avaient été contractés par leurs enfants³. Cette disposition se rapportait au passé. Elle avait pour but de condamner certaines thèses soutenues par les protestants et d'après lesquelles ces mariages devaient être, en vertu des principes généraux, considérés comme nuls.

Puis venait un décret qui, lui-même, contenait deux parties.

2^o La première partie reconnaissait l'inutilité des défenses et des pénalités édictées par l'Église quant aux mariages clandestins : en conséquence, elle annulait tout mariage qui, à l'avenir, serait contracté clandestinement, sans la présence de trois témoins⁴.

1. Les deux mesures étaient réclamées à la fois dans la pétition présentée au nom du roi de France; ci-dessus, t. II, p. 150, note 5.

2. [Déjà le 11 mars 1562 avaient été posées au Concile les deux questions suivantes : *Matrimonia clandestina an in futurum debeant declarari irrita et nulla?* — *Quæ conditiones sint declarandi ad hoc ut matrimonium non dicatur clandestinum sed in facie ecclesie contractum?* — Ehses, *Concil. Trident.*, VIII, p. 379; Le Bras, *Mariage*, col. 2233.]

3. Theiner, *Acta*, II, p. 313; [Ehses, *Concil. Trident.*, IX, p. 639 et s.]

4. Theiner, *Acta*, II, p. 314; [Ehses, *Concil. Trident.*, IX, p. 640] : « Statuit et decernit ea matrimonia, quæ in posterum clam non adhibitis tribus testibus contrahentur, irrita fore ac nulla prout præsentî decreto irritat et annullat. »

3° La seconde disposition déclarait nuls les mariages contractés sans le consentement des parents par les fils avant leur dix-huitième année révolue, par les filles avant leur seizième année ¹.

Ces propositions semblaient parfaitement raisonnables. Elles répondaient au vœu général des peuples et des princes ; on le constatera dans la discussion générale ². Et, tout au moins en ce qui concerne les mariages des fils de famille, l'Eglise anciennement avait suivi cette doctrine pendant des siècles : les Pères du concile étaient parfaitement instruits de ce point d'histoire ecclésiastique ³. Pourtant ces propositions

1. Theiner, *Acta*, II, p. 314 ; Ehses, *Concil. Trident.*, IX, p. 649] : « Insuper eadem sancta synodus ea quoque matrimonia, quæ filii familias ante decimum octavum, filiae vero ante decimum sextum suæ ætatis annum completum sine parentum consensu de cætero contraxerint, præsentî decreto irritat et annullat. »

2. *Virdunensis* (Theiner, *Acta*, II, p. 351 ; Ehses, *Concil. Trident.*, IX, p. 711 : « Placet ut penitus irritentur. ... hoc petunt reges et principes, et Ecclesia tam Gallicana quam Hispana. » — *Mutinensis* (Theiner, II, p. 352 ; Ehses, IX, p. 711) : « Unde si non statuatur, aderit suspicio quod Ecclesia nihil posset et præsertim id petentibus omnibus nationibus. » — *Laque-doniensis* (Theiner, II, p. 395 ; Ehses, IX, p. 787 : « Dixitque expediens esse matrimonia clandestina irritari, cum nationibus placeat et majori parti Patrum. » [Sur toute la discussion, au cours de laquelle furent produits les arguments exposés plus bas, voir Le Bras, *Mariage*, col. 2234 et s. Le projet fut soutenu avec une grande vigueur par le cardinal de Lorraine et les orateurs français. Ils défendaient ainsi la requête présentée par les ambassadeurs du roi de France, le 24 juill. 1552, qui demandaient « que, du moins, un mariage ne puisse être réputé légitime avant d'avoir été célébré par le curé ou par un prêtre, en présence de trois témoins ou plus » (Pallavicini, *op. cit.*, I. XXII, XI, p. 249. Ce fut le cardinal de Lorraine qui émit le premier, parmi les Pères, l'idée que l'un des témoins soit le prêtre (Ehses, IX, p. 642), le curé, précisa l'évêque de Brugnato. Cette pensée leur était probablement suggérée par la législation locale, qui, depuis le xiii^e siècle, exigeait cette présence pour la licéité du mariage (Dauvillier, *op. cit.*, p. 104-105)] J. D.

3. *Segobiensis* (Theiner, *Acta*, II, p. 320 ; Ehses, *Concil. Trident.*, IX, p. 656) : « Canon III non placet, Evaristus enim, Clemens III et concilium Carthaginense III sunt contrariæ opinionis : per 1200 annos Ecclesia tenuit clan-

vont soulever une opposition considérable, devant laquelle la dernière échouera même complètement; la seconde subira aussi de profondes modifications, qui, il est vrai, la renforceront au lieu de l'affaiblir. Ce n'est pas que les Pères méconnaissent, d'aucun côté, les graves inconvénients que présentait la théorie classique du droit canonique. En général, ils signalent ces dangers avec une grande force, les opposants comme les partisans du projet. Il y eut pourtant quelques voix divergentes qui, même au point de vue de l'utilité, protestèrent en faveur des mariages clandestins et des mariages librement contractés par les fils de famille et les mineurs. Ils obéissaient en cela à cette tendance puissante que j'ai signalée bien des fois déjà, et qui poussait le droit canonique à mettre le mariage à la facile portée de tous, comme un secours contre l'incontinence, presque comme un piège salutaire ¹. Mais ceux-là,

destina non essematrimonia; neque matrimonia esse rata, antequam succedat consensus parentum. » — *Ilerdensis* (Theiner, II, p. 359; Ehses, IX, p. 722) : « Evaristus irritavit clandestina, non obstante quod Gratianus aliter exponat et alii. et hoc quia non viderunt integram epistolam Evaristi. Primus qui dixit clandestina esse rata fuit Alexander III. » — Mais, *Urbevetanus* (Theiner, II, p. 366; Ehses, IX, p. 736) : « Nec est verum quod Evaristus illegitimaverit hujusmodi matrimonia, nam in sua epistola loquitur secundum leges civiles Romanorum, quibus primitiva Ecclesia utebatur. »

1. *Iprensis* (Theiner, *Acta*, II, p. 328; Ehses, *Concil. Trident.*, IX, p. 669) : « Item dixit ex irritatione hujusmodi non obviam ire inconvenientibus quæ oriuntur ex clandestinis; nam ex hoc juvenes immiscebunt se omnibus impudiciis, scientes non posse alligari matrimonio, quare non videtur facienda aliqua novitas. » — *Philadelphiensis* (Theiner, II, p. 347; Ehses, IX, p. 803) : « Non placet ullo pacto sibi irritari clandestina, eo quod est tentare Deum imponere humeribus hominum quod patres nostri ferre non potuerunt. » — *Nemausensis* (Theiner, II, p. 361; Ehses, IX, p. 726) : « Ex hujusmodi decreto fiet magna mutatio et perturbatio juris canonici. Novitates enim sunt periculosa et suspectæ : nam semper erunt scandala in quocumque sacramento, etiam ex quibuscunque excogitatis quoad forum fori, et aliquando bonum est contrahere clandestine, dum mulier fidelis habens patrem hæreticum, eo invito, clam nubet fidei. » — *Cavensis commissarius* (Theiner, II, p. 346; Ehses, IX, p. 401) : « Matrimonia clandestina sunt bona cum per ea provideatur tyrannidi principum, qui volunt dare uxores suis servitoribus. Item aliqui concubinas habentes in fine vite cum eis con-

s'ils étaient bien dans l'esprit ancien et traditionnel, ne représentaient qu'une infime minorité. Presque tous reconnaissaient l'utilité et même la nécessité pratique de la réforme proposée. La résistance, outre la force de l'esprit conservateur si grande dans l'Église, venait de scrupules théologiques extrêmement graves. Le mariage clandestin, le mariage non autorisé des fils de famille, avait été considéré pendant des siècles comme un sacrement : et le canon 3 proposait même de reconnaître ce point comme dogme : dès lors, comment annuler pour l'avenir ces mariages ? N'était-ce pas proposer d'annuler un sacrement ? Tel était le sentiment produit par divers orateurs et dont l'expression écrite circulait dans le concile ¹. On ajoutait que les protestants soutenaient énergiquement la nullité des mariages clandestins, et que, par suite, annuler ceux-ci c'était

trahunt, quod si matrimonia tollerentur, hoc bonum tolleretur. Item aliqui amantes se invicem contrahunt clandestine, et si clandestinum tolleretur, tollerentur matrimonia que fiunt libenter et sponte : ex consequenti prohiberetur vera amicitia inter conjuges. » — *Generalis Eremitarum Augustin.* (Theiner, II, p. 368 ; Ehses, IX, p. 739) : « Decreta ipsa mihi videntur plena novitate, et ideo satis horreo in eis considerandis, cum decreta semper debeant esse immutabilia, nisi succedat magna necessitas. » — *Generalis Soc. Jesu* (Theiner, II, p. 368 ; Ehses, IX, p. 740) : « Matrimonia clandestina ex sua intrinseca essentia non sunt mala, quia quod est malum ex sua intrinseca ratione semper est malum. Hoc autem non contingit in clandestinis, cum aliquando expediat ea fieri, et tunc procul dubio fiunt sine peccato. »

1. Antonius de Gragnano (Theiner, *Acta*, II, p. 243, Ehses, IX, p. 407) ; Madrutius (Theiner, II, p. 315 ; Ehses, IX, p. 643) ; Lucerinus (Theiner, II, p. 323 ; Ehses, IX, p. 660 ; Larinensis (Theiner, II, p. 324 ; Ehses, X, p. 660) ; Clusinus (Theiner, II, p. 327 ; Ehses, IX, p. 667) ; Abbas Claravallensis (Theiner, II, p. 333 ; Ehses, IX, p. 666). — *Lorcianensis* (Theiner, II, p. 344 ; Ehses, IX, p. 698) : « Dixit circumferri quedam scripta incerto auctore quibus conantur asserere quod Ecclesia non possit irritare clandestina matrimonia. » — *Paventinus* (Theiner, II, p. 332 ; Ehses, IX, p. 675) : « Quoad decretum de clandestinis dixit decanum Lovaniensem et Joannem Antonium Delphinum asserere Ecclesiam id non posse facere. » — *Lericiensis* (Theiner, II, 353 ; Ehses, IX, p. 713) : « Invehit contra eos qui dicunt hujusmodi irritationem esse contra Evangelium, ex eo quod Evangelium dimisit nos liberos ; et quod sunt hæc verba hæreticorum qui negant auctoritatem Ecclesiæ. »

donner raison à l'hérésie ¹. Aussi beaucoup de Pères cherchaient-ils encore à réprimer les mariages clandestins, sans les annuler, en édictant des peines plus sévères contre ceux qui les contractaient; ou bien ils proposaient d'en faire disparaître les inconvénients, en obligeant ceux qui avaient contracté clandestinement à déclarer leur mariage, dans un certain délai, devant le juge ecclésiastique ².

L'effort principal du débat tendit à écarter cette redoutable objection de principe, qui, jusqu'au bout, arrêtera un assez grand nombre des Pères du concile. Dans ce but, diverses

1. *Hydruntinus* (Theiner, II, p. 340; Ehses, IX, p. 696) : « Item hujus modi irritatio clandestinorum habuit malos auctores : Erasmus, Lutherum, Brentium et Buccerum. » — *Rossanensis junior* (Theiner, II, p. 344; Ehses, IX, p. 696) : « Præterea hoc faciendo non anathematizamus hæreticos, qui id dixerunt, sed videmur eos sequi. Erasmus enim dicit : natura dicit obediendum parentibus, cur igitur invitis parentibus dicis te posse ingredi religionem aut matrimonium contrahere? Et Lutherus dicit matrimonia clandestina aut invitis parentibus non esse vera. Idem dicit et Buccerus et Calvinus. Ne igitur videamur sequi hæreticos, non debent hujusmodi clandestina irritari. » — *Generalis Soc. Jesu* (Theiner, II, p. 369; Ehses, IX, p. 74) : « Præterea inter omnes loquentes de reformatione nunquam fuit facta mentio de irritatione clandestinorum nisi a Groppero in concilio Coloniensi, et hoc propter Erasmus et Calvinum : et legit dicta Calvini, quibus videtur confirmari decretum. Nec convenit ut concilium conformet se hæreticis. Sed non ex hoc dico, inquit omnia dicta hæreticorum respuenda; sed proculdubio respuenda sunt dubia, cujusmodi videntur ea quæ dicuntur in hoc decreto; et præsertim quia hæretici dicunt quod lex canonica diabolica est circa matrimonia clandestina. »

2. *Interamnensis* (Theiner, II, 320; Ehses, IX, p. 636) : « Matrimonia etiam clandestina sunt medicinae ad multa mala; neque ex irritatione talium matrimoniorum tolluntur inconvenientia; igitur non sunt tollenda, nec irritanda; sed apponantur pœna, statuaturque ut clandestine contrahentes infra mensem compareant coram ecclesiastico iudice, et quod tales priventur hereditate. » *Lucerinus* (Theiner, II, p. 323; Ehses, IX, p. 660) : « Decretum non placet; poteruntque prohiberi clandestina, si pœnae appositæ et apponendæ mandentur executioni. » — *Rheginus* (Theiner, II, p. 393; Ehses, IX, p. 183) : « Circa clandestina non placent decreta de irritatione, et subscribet sententiæ Madrutii; sed apponantur pœnae gravissimæ contra clandestine contrahentes, excommunicentur, sint infames, inhabiles ad hereditates et ad omnes honores et puellis abscindantur capilli in perpetuum. »

combinaisons, divers détours pour ainsi dire, furent successivement ou simultanément proposés.

Pour certains, l'objection était facilement écartée, ou plutôt n'existait pas, car ils admettaient que ce qui constituait le sacrement de mariage, ce n'était pas le consentement des époux, mais la bénédiction qui leur était donnée par le prêtre¹. Dans cette opinion, rien n'était plus simple que de déclarer nuls tous les mariages non célébrés *in facie Ecclesiæ*; en les annulant, on ne touchait point au sacrement². Mais cette idée ne pouvait prévaloir devant la tradition ancienne et constante qui exigeait la bénédiction nuptiale *ad honestatem, non ad necessitatem*³.

Une autre conciliation consistait dans la distinction du contrat et du sacrement de mariage, dont il a été parlé précédemment⁴. Dans cette conception, le contrat, au moins pour un instant de raison, était, dans chaque mariage, antérieur au sacrement auquel il servait de base. Le sacrement ne pouvait exister que là où se trouvait un contrat valable, auquel il pût se superposer. Mais, d'autre part, le législateur, au moins le législateur ecclésiastique, pouvait librement toucher au contrat et en soumettre la validité à de nouvelles conditions. Par suite, en annulant les mariages clandestins pour

1. *Segobiensis* (Theiner, II, p. 320; Ehses, IX, p. 656) : « Ratio sacramenti matrimonii consistit in benedictione sacerdotali cum oblatione sacrificii; ponatur ergo lex quod non liant matrimonia ante benedictionem sacerdotalem. » — *Simon Vigor* (Theiner, II, p. 236; Ehses, IX, p. 395); *Petrus Fernandez* (Theiner, II, p. 242; Ehses, IX, p. 405); *Cenomanensis* (Theiner, II, p. 325; Ehses, IX, p. 663).

2. *Augustensis* (Theiner, II, p. 325; Ehses, IX, p. 664); *Calamonensis* (Theiner, II, p. 322; Ehses, IX, p. 659); *Ilerdensis* (Theiner, II, p. 326; Ehses, IX, p. 666).

3. Thom. Aquin., *Summa, supplem. tertiæ partis*, qu. 42, art. 1 : « Verba quibus consensus exprimitur matrimonialis sunt forma hujus sacramenti, non autem benedictio sacerdotis, quæ est quoddam sacramentale. » — *Cochier* (Theiner, II, p. 237; Ehses, IX, p. 397); *Didacus de Payva* (Theiner, II, p. 239; Ehses, IX, p. 399).

4. Ci-dessus, t. I, p. 83 et s.

l'avenir, on ne touchait directement qu'au contrat, ce qui était permis. Cette thèse, dont j'ai recherché plus haut l'origine ¹, fut professée par de nombreux Pères du concile ². Dans certaines de ses applications, elle était représentée comme une doctrine courante. Ainsi l'on soutenait que les mariages contractés par procureur entre chrétiens constituaient un contrat, mais non un sacrement ³; les théologiens hésitaient aussi à voir un sacrement dans le *matrimonium præsumptivum*, celui qui se contractait entre fiancés par le seul fait de la *copula carnalis* ⁴. Mais si cette opinion avait de nombreux défenseurs, elle était d'autre part vivement contestée. On soutenait, et c'était la tradition ancienne et la doctrine constante des canonistes, qu'il était impossible, dans le mariage des chrétiens, de séparer le contrat du sacrement, que le contrat lui-même avait été élevé par la nouvelle loi à la dignité de sacrement et absorbé par le sacrement, si bien qu'on ne pouvait plus concevoir l'un sans l'autre. Bien des voix s'élevèrent dans ce sens au concile ⁵, et l'on sait

1. Ci-dessus, t. I, p. 86.

2. Voyez les Pères cités t. I, p. 86, note 2, et la plupart de leurs opinions reproduites *in extenso*, appendice A.

3. *Lucensis* (Theiner, II, p. 334; Ehses, IX, p. 674) : « Matrimonium per procuratores est contractus, sed non est sacramentum. » — *General. prædicat.* (Theiner, II, p. 333; Ehses, IX, p. 678) : « Secundum aliquos doctores non omne matrimonium christianum est sacramentum ut patet de matrimonio contracto per procuratorem, quod est verum matrimonium et non est sacramentum. »

4. C'est ce que relevait Calvin, *Inst. christ.*, lib. IV, c. xix : « Est et altera in eorum dogmatibus absurditas. In sacramento conferri gratiam Spiritus Sancti affirmant; coitum tradunt esse sacramentum, in coitu negant unquam Spiritum Sanctum adesse. »

5. *Parmensis* (Theiner, II, p. 329; Ehses, IX, p. 670) : « Nec potest intelligere contractum matrimoniale sine sacramento. » — *Clusinus* (Theiner, II, p. 360; Ehses, IX, p. 725) : « Quod ratio contractus et matrimonii sunt ita conjuncta sicut calor et ignis. » — *Atrebatensis* (Theiner, II, p. 323; Ehses, IX, p. 661); *Montisfalisci* (Theiner, II, p. 324, 335; Ehses, IX, p. 662); *Iprensis* (Theiner, II, p. 328; Ehses, IX, p. 669); *Calvensis* (Theiner, II, p. 329; Ehses, IX, p. 671); *Uxellensis* (Theiner, II, p. 333; Ehses, IX, p. 677).

que leur doctrine est celle qui définitivement a triomphé ¹. Cette distinction ne devait donc point être le moyen par lequel on pouvait sûrement écarter les scrupules des Pères et obtenir d'eux l'annulation des mariages clandestins. Il fallait chercher d'autres expédients juridiques.

Il en fut produit un très ingénieux, mais qui cependant ne fut pas pris en considération. Il consistait à faire tomber, par une présomption légale, les mariages clandestins sous l'une des causes de nullité déjà admises par le droit canonique. Celui-ci, on le sait, déclarait nuls les mariages contractés sous l'empire de la violence, et inexistants ceux dans lesquels il n'y avait que l'apparence d'un consentement; rien n'était plus simple que de décider, par une présomption irréfragable, que les mariages clandestins seraient considérés comme contractés *metu* ou comme ne contenant point un consentement réel et sérieux : ils seraient annulés par là même ². Cet avis réunit peu d'adhésions ³; en effet, cette présomption était trop contraire à la vérité des faits pour pouvoir être reçue. Elle était en contradiction flagrante avec la déclaration proposée au concile d'après laquelle la pleine validité des mariages clandestins était proclamée pour le passé. Un prélat ouvrit un avis plus raisonnable en proposant d'annuler les mariages clandestins lorsqu'en fait ils seraient entachés de dol, et de les maintenir comme valables dans

1. Ci-dessus, t. I, p. 83 et s.

2. *Rossanensis senior* (Theiner, II, 345; Ehses, IX, p. 644) : « Dixit sibi non placuisse, irritari clandestina matrimonia; quod si faciendum erat, erat faciendum sub alia forma, videlicet declarando quod, si matrimonia clandestine fierent absque testibus, judicaretur extortus fuerit consensus metu aut dolo et non fuisse liberum » (Theiner, II, p. 344; Ehses, IX, p. 690) : « Si irritanda essent matrimonia hujusmodi, tutius esset procedere per viam presumptionis, præsumendo hujusmodi consensus non fuisse veros. »

3. *Cavensis commissarius* (Theiner, II, p. 348; Ehses, IX, p. 652) : « Non placet de clandestinis, sed placet cautela data a Rossanensi. » — *Castrensis* : « Sequitur Rossanensem. »

l'hypothèse contraire ; mais le dol, nous le savons, n'était pas considéré comme une cause de nullité par le droit canonique.

Le procédé auquel on eut recours en définitive consista à présenter l'annulation des mariages clandestins sous le couvert d'une incapacité nouvelle, édictée pour l'avenir par le concile : *inhabilitatio personarum*. On déclarait les chrétiens incapables de contracter mariage sans une publicité déterminée : par là même étaient nuls les mariages clandestins. L'Église — le concile l'avait proclamé — avait le droit d'établir de semblables incapacités, en leur donnant l'énergie d'empêchements dirimants. Elle pouvait défendre aux chrétiens de contracter clandestinement, comme elle leur avait défendu de contracter mariage entre parents et alliés, tantôt jusqu'à tel degré, tantôt jusqu'à tel autre. Cela permettait de déclarer valables et sacramentels les mariages clandestins contractés antérieurement à la prohibition nouvelle, tout en les annulant pour l'avenir. En réalité, c'était se faire illusion

1. *Liciensis* (Theiner, II, p. 364; Ehses, IX, p. 733) : « Quoad decretum de clandestinis dixit quod cum in clandestinis adest dolus ea sunt irrita, cum autem non adest dolus non possunt irritari. »

2. [Cette explication fut offerte dès le début par le patriarche d'Aquilée, qui souhaitait *ut forma decreti potius sit contra personas quam contra matrimonia jam facta, scilicet, ut personæ fiant inhabiles* (Ehses, IX, p. 643). Elle rencontra aussitôt de nombreuses adhésions :] *Vulturianensis* (Theiner, II, p. 323; Ehses, IX, p. 660) : « Fiat irritatio matrimonii clandestini, sed irritatio sit circa personas non autem circa sacramentum. » — *Urellensis* (Theiner, II, p. 333; Ehses, IX, p. 677) : « Matrimonia clandestina postquam sunt facta non possunt irritari, sed irritentur antequam fiant, et omnino hujusmodi matrimonia irritentur. » — *Hierapetrensis*, Theiner, II, p. 349; Ehses, IX, p. 654) : « Decretum de clandestinis placet, cum hoc ut inhabilitentur personæ. » — *Abbas Euticius Cassinensis I* (Theiner, II, p. 333; Ehses, IX, p. 678) : « Quoad decretum de clandestinis ait debere illegitimari non contractum sed personas, quæ statim quod deliberant sic contrahere, eo ipso auctoritate Ecclesiæ reddantur illegitimæ et hoc modo dicit posse irritari clandestina. » — *Granatensis* (Theiner, II, p. 340; Ehses, IX, p. 690) : « Si contrahens cum consanguinea fit inhabilis ex eo quod illa consanguinitas manet in eo, quanto fortius potest

et se leurrer de paroles. L'incapacité établie ne tenant pas à une qualité des personnes, mais simplement à une forme du contrat, c'était bien celui-ci que l'on visait au fond. Aussi les adversaires quand même de la réforme signalèrent la faiblesse de cette combinaison ¹, et même ses partisans en faisaient l'aveu ².

Si, pour les mariages clandestins, on devait arriver au but, quoique par un détour, il n'en fut pas de même pour les mariages non clandestins contractés par les fils de famille *sine consensu parentum*. Le premier projet qui les annulait, ainsi qu'on l'a vu plus haut, avait ses partisans convaincus, qui faisaient justement observer qu'il était conforme à l'état ancien du droit canonique ³. Mais, cependant, parmi ceux-là

irritare eum qui habet in se hanc inordinationem ut nolit obdire parentibus nec Ecclesiæ, sed indulgere soli libidini. » — *Lancianensis* (Theiner, II, p. 344; Ehses, IX, p. 699) : « Dixitque contra eos qui asserunt in illegitimatione personarum necessarium esse ut sit aliquod adhærens personæ. Hoc enim falsum est in cognatione spirituali, in qua adest qualitas personæ, non a natura. Item, in cognatione legali, non adest qualitas perpetuo adhærens personæ. Ergo falsum est quod ab eis dicitur. »

1. *Madrutius* (Theiner, II, 338; Ehses, IX, p. 687) : « Displicet inhabilitatio personarum, quia Ecclesia id non potest facere aut saltem est dubium, et ideo non debet synodus ad ea procedere, nam aliqui gradus semper fuerunt prohibiti. » — *Hierosolymitanus* (Theiner, II, p. 339; Ehses, IX, p. 687) : « Ecclesia nullatenus potest irritare clandestina nec quoad consensum, nec quoad personas. »

2. *Generalis prædic.* (Theiner, II, 333; Ehses, IX, p. 679) : « Quoad decretum de clandestinis dixit Ecclesiam posse irritare clandestina, prout irritavit in gradibus cognationum; nam sicut in cognationibus non tangit personam directe, quia persona est habilis ad contrahendum cum aliis; sed tangit personam respectu ad talem et ex consequenti ratione consensus : unde principaliter tangit consensum, similiter tangit consensum in irritatione clandestinorum. » — *Rossanensis* (Theiner, II, p. 316; Ehses, IX, p. 644) *Colimbriensis* (Theiner, II, p. 319; Ehses, IX, p. 655); *Iprensis* (Theiner, II, p. 363; Ehses, IX, p. 729). Chr. Meurer, *Die rechtliche Natur des tridentiner Matrimonial-Dekrets*, *Zeitschrift für Kirchenrecht*, 1889, t. XII, p. 97, 126.

3. Nicolas de Brüs (Theiner, II, p. 234; Ehses, IX, p. 387); Delgado (Theiner, II, p. 239; Ehses, IX, p. 401); Segobiensis (Theiner, II, p. 320;

beaucoup demandaient des modifications au décret. La plupart voulaient que l'âge auquel les jeunes gens pourraient librement contracter mariage fût élevé et porté à dix-huit ou vingt ans pour les filles, à vingt, vingt-deux ou même vingt-quatre ans pour les hommes. Plusieurs demandaient que l'on prît en considération non seulement les *filiifamilias*, mais encore les mineurs sortis de la puissance paternelle et que, pour ceux-ci, on exigeât jusqu'au même âge le consentement de la mère ou du tuteur¹, ou celui de l'évêque à défaut de parents². D'autres proposaient au contraire des tempéraments, voulant qu'on permit au fils ou à la fille, auxquels le père refusait son consentement, d'appeler à l'évêque de ce refus³. Même le général des frères prêcheurs voulait que l'on exigeât toujours, pour le mariage des mineurs, le consentement de l'évêque, qui est le *pater spiritualis*, le *pater patrum*, et seulement celui-là⁴.

Mais, en sens contraire, une opposition considérable se manifesta contre le principe même du projet. On invoquait contre lui trois ordres d'arguments :

1° Les textes de l'Écriture⁵ et le principe supérieur qui

Ehses, IX, p. 656); Cathalonensis (Theiner, II, p. 323; Ehses, IX, p. 662); Cenomanensis (Theiner, II, p. 324; Ehses, IX, p. 663); Herdensis (Theiner, II, p. 326; Ehses, IX, p. 666); Aquensis (Theiner, II, p. 327; Ehses, IX, p. 666); Nemausensis (Theiner, II, p. 327; Ehses, IX, p. 667); Atrebatensis (Theiner, II, p. 355; Ehses, IX, p. 715); Senosensis (Theiner, II, p. 318; Ehses, IX, p. 652). [Sur cette disposition, qui fut soutenue avec vigueur par les ambassadeurs du roi de France et la plupart des évêques français, dont le cardinal de Lorraine, voir Le Bras, *Mariage*, col. 2241 et s.] J. D.

1. Senosensis (Theiner, II, p. 318; Ehses, IX, p. 652); Auriensis (Theiner, II, p. 324; Ehses, IX, p. 663) : « Ubi dicitur sine consensu parentum dicatur patris, et dicatur etiam sine consensu tutorum. »

2. Herdensis (Theiner, II, p. 326; Ehses, IX, p. 666) : « Quoad parentes, ubi deficiunt, episcopi provideant. »

3. Almeriensis (Theiner, II, p. 326; Ehses, IX, p. 665); Nemausensis (Theiner, II, p. 329; Ehses, IX, p. 670); Barchinonensis (Theiner, II, p. 329; Ehses, IX, p. 670).

4. Theiner, II, p. 333; Ehses, IX, p. 679.

5. « Homo relinquet patrem et matrem et adhaerebit uxori suæ. »

avait triomphé dans l'Eglise et d'après lequel, pour les choses spirituelles, la liberté des âmes était complète et ne devait point être gênée par les rapports de puissance établis par le droit civil. C'est ainsi qu'elle avait fini par reconnaître valable le mariage de l'esclave contracté *invito aut inscio domino* ; elle devait reconnaître à plus forte raison le mariage contracté par le fils de famille *invito aut inscio patre* ;

2° Les principes du droit naturel, d'après lesquels toute personne naturellement habile au mariage avait un droit égal à le contracter ;

3° Les inconvénients graves que cette réforme entraînerait, les dangers pour les âmes : les jeunes gens, ne pouvant librement se marier, seraient poussés à la fornication ¹.

Quelques-uns de ceux qui repoussaient hautement le projet voulaient seulement que l'on édictât des peines sévères, notamment l'exhérédation, contre les enfants de famille qui contracteraient sans l'aveu de leur père, et que l'on réagit contre une trop grande facilité de mœurs ². Un argument singulier fut produit en ce qui concerne notre pays. On prétendit que, les enfants n'y étant pas soumis à la puissance paternelle, ce qui s'entendait de la *patria potestas* du droit romain, la question pour eux ne se présentait même pas ³. Or la

1. *Simon Vigor* (Theiner, II, p. 237 ; Ehses, IX, p. 395) ; *Cochier* (Theiner, II, p. 238 ; Ehses, IX, p. 397) ; *Colimbriensis* (Theiner, II, p. 349, 348 ; Ehses, IX, p. 655 et 705) ; *Recanatensis* (Theiner, II, p. 320 ; Ehses, IX, p. 655) ; *Clodiensis* (Theiner, II, p. 320 ; Ehses, p. 717) ; *Montisfalisci* (Theiner, II, p. 324 ; Ehses, IX, p. 662) ; *Iprensis* (Theiner, p. 328 ; Ehses, IX, p. 669) ; *Dertusensis* (Theiner, II, p. 329 ; Ehses, IX, p. 674) ; *Cavensis* (Theiner, II, p. 346 ; Ehses, IX, p. 704) ; *Clusinus* (Theiner, II, p. 360 ; Ehses, IX, p. 725).

2. *Recanatensis* (Theiner, II, p. 349 ; Ehses, IX, p. 655) ; *Clodiensis* (Theiner, II, p. 320 ; Ehses, IX, p. 655) ; *Larinensis* (Theiner, II, p. 355 ; Ehses, IX, p. 717) : « Neque quod dicitur de filiis placet. Sed apponantur pœnæ et Galli non permittant filias suas deosculari nec versari cum vicinis, nec Hispani nec Mutinenses, et apponantur pœnæ osculantibus. »

3. *Civitatis Castellii* (Theiner, II, p. 362 ; Ehses, IX, p. 728) : « Quoad id quod dicitur de filiis familias dixit quod Galli non sunt sub patria potestate, et quod non est disputandum an Ecclesia possit hoc modo. »

France fut justement un des pays où, au xvi^e siècle, la législation et la jurisprudence séculières annulèrent ces mariages.

II

Sous l'influence de ces théories diverses, que devint le projet primitif? Dans sa seconde forme¹, le canon proposé pour affirmer dans le passé la validité des mariages clandestins ne constituait plus une disposition séparée; il était fondu dans le préambule du décret. Quant aux deux parties de celui-ci, elles étaient modifiées. Pour les mariages clandestins, ce second projet adoptait la théorie de l'*inhabilitatio personarum*. Il annulait en conséquence les mariages et même les fiançailles qui seraient contractés à l'avenir *clam sine trium saltem testium præsentia*². Quant aux fils et filles de famille, on avait élevé l'âge, jusqu'auquel le consentement des parents était exigé pour la validité de leur mariage et de leurs fiançailles, à dix-huit ans pour les filles et vingt ans pour les hommes. On les rendait inhabiles à contracter sans ce consentement, et l'on annulait les mariages contractés par les contrevenants, à moins que les parents eussent été requis et eussent refusé de consentir à un mariage reconnu honorable par un jugement de l'évêque, et que l'union eût alors été contractée avec l'autorisation de ce dernier³.

1. Theiner, II, p. 335; Ehses, IX, p. 683.

2. Theiner, II, p. 335; Ehses, IX, p. 683 : « Statuit ac decernit illas omnes personas, que in posterum clam sine trium saltem testium præsentia matrimonium sive sponsalia contrahere attentaverint, ad matrimonium sive sponsalia sic contrahenda inhabiles fore, ac propterea omnia ab eis acta pro matrimonio sive sponsalibus contrahendis irrita fore ac nulla, prout præsenti decreto irritat et annullat. »

3. Theiner, II, p. 335; Ehses, IX, p. 683 : « Insuper eadem s. synodus filios quoque familias qui ante 20, filias vero familias que ante 18 sue ætatis annum completum sine parentum consensu de cætero matrimonium sive sponsalia contrahere attentaverint, ad matrimonium sive sponsalia sic contrahenda inhabiles reddit, atque hujusmodi contractum irritat et annullat, nisi, parentibus per se vel per alios requisitis ut nuptiis ab eis honeste optatis assentiantur, illis inique (prælati judicio) renuentibus, de ejusdem

Le troisième projet contenait deux rédactions du décret sur les mariages clandestins; elles reposaient l'une et l'autre sur la théorie de l'*inhabilitatio personarum*. Mais l'une exigeait seulement, pour la validité du mariage ou des fiançailles, la présence de trois témoins¹. L'autre, qui ne visait que le mariage et laissait de côté les fiançailles, le déclarait nul lorsqu'il n'avait pas été contracté en présence du prêtre de la paroisse, ou d'un autre prêtre délégué par l'ordinaire, et de deux témoins². Cette idée de faire du prêtre paroissial l'un des témoins nécessaires du mariage avait surgi au cours de la discussion. Elle avait été émise tout d'abord par le cardinal de Lorraine lors de la première lecture³, et elle trouva vite une grande faveur⁴. Elle avait cet avantage, sans consacrer

praelati licentia id fecerint. » [La discussion de ce second projet porta principalement sur l'opportunité de la réforme et la valeur du fondement proposé. Certains Pères s'inquiétaient de l'analogie des termes du décret avec certaines expressions d'Erasme, de Luther et de Calvin. D'autres tenaient la bénédiction nuptiale pour essentielle, ou considéraient le consentement clandestin comme déraisonnable ou entaché de dol. On discutait encore si cette transformation du mariage était sujet dogmatique ou disciplinaire; Le Bras, *Mariage*, col. 2239 et s. Le cardinal de Lorraine, modifiant la conduite qu'il avait tenue, combattit les dispositions relatives au mariage des fils de famille et contribua à leur échec; Le Bras, *Mariage*, col. 2242] J. D.

1. Theiner, II, p. 389; Ehses, IX, p. 763 : « Decernit eos omnes qui in posterum sine testium saltem trium præsentia matrimonium vel sponsalia contrahere attentaverint ad sic contrahendum inhabiles fore et contractus hujusmodi ab eis fieri attentatos irritos esse et nullos... declarat tamen s. synodus matrimonium sive sponsalia contracta in præsentia trium testium probari posse duobus ex prædictistestibus vel alia legitima probatione. »

2. Theiner, II, p. 388; Ehses, IX, p. 762 : « Qui aliter quam præsentè parochò, vel alio saderdote de ipsius parochi vel ordinarii licentia, et duobus vel tribus testibus matrimonium contrahere attentaverint, eos s. synodus ad sic contrahendum omnino inhabiles reddit, et hujusmodi contractus irritos et nullos esse decernit. »

3. Theiner, II, p. 314; Ehses, IX, p. 642-643 : « Remedium promptum est ut unus ex tribus testibus sit sacerdos. Si enim hæretici maxime volunt ut sui impii ministri benedicant nuptias, a fortiori hoc debet fieri in Ecclesia catholica, in qua sunt veri ministri ac sacerdotes. »

4. Dans ce sens, *Naxiensis* (Theiner, *Acta*, II, p. 317; Ehses, IX, p. 652); *Mutinensis* (Theiner, II, p. 318; Ehses, IX, p. 658); *Calamonensis* (Theiner II,

l'opinion de ceux qui considéraient la bénédiction nuptiale comme essentielle au sacrement de mariage, de lui donner en fait satisfaction : car le prêtre ne se contenterait pas d'assister, il donnerait aussi aux époux la bénédiction nuptiale, cela serait même pour lui un devoir¹. Mais cependant c'était seulement en vue d'éliminer plus sûrement toute clandestinité que l'on exigeait sa présence : ce qui le montre bien, c'est que plusieurs proposèrent de le remplacer par un notaire².

p. 322; Ehses, IX, p. 659); *Insulanus* (Theiner, II, p. 323; Ehses, IX, p. 660); *Albinganensis* (Theiner, II, p. 323; Ehses, IX, p. 661); *Assaphensis* (Theiner, II, p. 324; Ehses, IX, p. 662); *Metensis* (Theiner II, p. 324; Ehses, IX, p. 662); *Cenomanensis*, *Sibinicensis*, *Suessionensis* (Theiner, II, p. 325; Ehses, IX, 662); *Ostunensis*, *Brixienensis*, *Ugentinus* (Theiner, II, p. 327; Ehses, IX, p. 663, 664, 665); *Civitatensis* (Theiner, II, p. 328; Ehses, IX, p. 667-668); *Corosopolitensis* (Theiner, II, p. 330; Ehses, IX, p. 672); *Alyphanus* (Theiner, II, p. 332; Ehses, IX, p. 674); *Vulturianensis* (Theiner, II, p. 354; Ehses, IX p. 714); *Ilerdensis* (Theiner, II, p. 359; Ehses, IX, p. 722); *Sarzanensis* (Theiner, II, p. 365; Ehses, IX, p. 733).

1. *Calamonensis* (Theiner, II, 322; Ehses, IX, p. 659) : « De testibus dicatur quod sint legitimi et unus sit sacerdos, et quod absque benedictione Ecclesiæ non censeantur legitima. » *Metensis* (Theiner, II, p. 324; Ehses, IX, p. 662) : « Vellet inter testes esse aliquem sacerdotem, aut ut infra tres menses contrahentes se præsentent ecclesiæ. » — *Cenomanensis* (Theiner, II, p. 325; Ehses, IX, p. 663) : « Quoad testes dicatur quod adsit parochus, qui consensum sua benedictione confirmet; tenet enim hoc pertinere ad essentiam hujus sacramenti. » — *Ostunensis* (Theiner, II, p. 327; Ehses, IX, p. 667) : « Dixit sibi plurimum displicere quod matrimonia christianorum non sint aliquo ritu distincta a matrimoniis gentilium et ideo ultra testes addatur benedictio sacerdotalis. »

2. *Vulturiarensis* (Theiner, II, 354; Ehses, IX, p. 714) : « Testes sufficiant duo et his adsit aut sacerdos aut notarius. » — *Ilerdensis* (Theiner, II, p. 358-9; Ehses, IX, p. 722) : « Dicatur ergo simpliciter : omnia matrimonia fiant in facie Ecclesiæ, aut addatur quod fiant coram notario et duobus testibus et fiat instrumentum. Poteritque quilibet episcopus habere notarium qui hæc matrimonia conscribat, qui notarius teneatur infra paucos dies referre episcopo. » [Ces prélats s'inspiraient d'une pratique ancienne en Italie, qu'avait reconnue un synode provincial de Florence tenu en 1517. La discussion de ce troisième projet devint très orageuse. Devant l'opposition de 60 Pères, qui considéraient la réforme proposée comme contraire au Droit divin, les patriarches d'Aquilée et de Venise demandèrent le renvoi

Le troisième projet contenait encore, dans l'une de ses rédactions (n° 2), un chapitre qui déclarait nuls les mariages et fiançailles contractés par les fils de famille sans le consentement du père ou de l'*avus*, sauf le droit pour eux d'en appeler à l'évêque du refus paternel. L'évêque pouvait aussi autoriser le mariage en cas d'absence prolongée des parents. Enfin, ce n'étaient que les parents catholiques dont le consentement était exigé et, quant à l'âge jusqu'auquel ce consentement était nécessaire, on était revenu aux chiffres primitifs, seize ans pour les filles et dix-huit ans pour les hommes ¹.

Le quatrième et le dernier projet ne contenait plus qu'une seule rédaction du décret sur les mariages clandestins : c'était celle qui exigeait la présence du prêtre et qui ne visait pas les fiançailles. Le décret *de clandestinis* était complètement fondu avec les dispositions *de abusibus circa sacramentum matrimonii*, et cela constituait un *decretum de reformatione matrimonii* divisé en dix chapitres ². Ce texte fut adopté. Il y eut pourtant jusqu'au bout de très vives résistances ³. Massarellus indique qu'il y eut encore finalement plus de cinquante opposants, dont trois légats du Saint-Siège ⁴. Quant à l'annulation

au pape. Après le vote du décret, par 133 voix contre 56, les légats provoquèrent, en vue d'apaiser la controverse, une conférence solennelle, qui se termina dans le tumulte; Le Bras, *Mariage*, col. 2240 et s. J. D.

1. Theiner, II, p. 389; Ehses, IX, p. 763 : « Eadem s. synodus filios-familias qui ante 18 et filias-familias qui ante 16 suæ ætatis annum perfectum, sine patris, vel avi paterni catholici consensu, matrimonium sive sponsalia in futurum contrahere attentaverint, ad matrimonium sive sponsalia sic contrahenda inhabiles reddit atque hujusmodi contractus invalidat et annullat, nisi, patre vel avo per se vel per alios requisitis ut nuptiis honeste optatis assentiantur et illis renuentibus vel longe et diu absentibus, de ordinarii licentia fecerint. » [Le Bras, *Mariage*, col. 2242.]

2. Schulte et Richter, p. 216.

3. *Mudrutius* (Theiner, II, p. 463; Ehses, IX, p. 959); *Moronus* (Theiner, II, p. 463; Ehses, IX, p. 959); *Venetiarum*, *Hydruntinus* (Theiner, II, 464; Ehses, IX, p. 960); *Feltrensis* (Theiner, II, p. 466; Ehses, IX, p. 963); *Civitatis Castellii* (Theiner, II, p. 466; Ehses, IX, p. 963).

4. Theiner, II, p. 467; Ehses, IX, p. 977 : « Quibus votis collectis et legatis relatis atque ostensis, card. Maronus pronuntiavit alta voce hæc

des mariages contractés par les fils de famille sans le consentement des parents, le projet de décret fut complètement abandonné : leur validité fut même affirmée. On se contenta de dire dans le préambule du *decretum de reformatione* que l'Église avait toujours détesté et prohibé de semblables mariages¹. Évidemment on avait sacrifié cette seconde réforme pour faire sûrement passer la première. Quant au mariage des enfants et des mineurs, l'ancien droit était donc maintenu, et ils restaient libres et valables. Les canonistes se demandaient même si, pour s'être mariés sans le consentement de leur père, le fils et la fille pouvaient être exhérédés². Mais, dans plusieurs pays catholiques, les lois séculières opérèrent cette réforme

verba, videlicet : Doctrina et canones de sacramento matrimonii approbata fuere ab omnibus, aliqui tamen in nonnullis desiderarent quædam adjici et detrahi. Decretum de clandestinis placuit majori patri Patrum : displicuit tamen ultra quinquaginta Patribus, inter quos cardinalis Simonetta s. sedis apostolicæ legatus non approbat decretum, remittendo se tamen S. D. N. Ego quoque s. sedis legatus approbo decretum si a S. D. N. approbatum fuerit. » [En tout, 55 Pères, dont 3 légats, les cardinaux Morone, Simonetta et Hosius, qui pourtant s'en remettaient à la décision pontificale, se prononcèrent contre la nullité des mariages clandestins (Voir Ehses, IX, p. 977, n. 1). Le cardinal Madruzzo, les patriarches de Jérusalem et de Venise demeurèrent parmi les opposants. La principale raison alléguée fut que l'Église ne peut modifier la forme d'un sacrement. On invoqua aussi qu'il y a des lieux, notamment les pays protestants, où on ne peut trouver de prêtres. La question devait bientôt se poser à la Congrégation du Concile; voir Le Bras, *Mariage*, col. 2241.] J. D.— Quant au nombre total des votants, voici ce qu'indique Massarellus, au début de la session XXIV (15 juill. 1563); il constate (II, 342) : « Interfuerunt huic sessioni 4 cardinales præsidentes, cardinales a Lotharingia et Madrutius, patriarchæ 3, archiepiscopi 25, episcopi 193, abbates 3, generales ordinum 7 »; en tout 237. [Voir la liste dans Ehses, IX, p. 633 et s.] Au début de la session XXV (3 déc. 1563) il relève (II, p. 505) : « Cardinales 6, archiepiscopi 25, episcopi 150, abbates 7, generales ordinum 7 »; en tout 195.

1. Schulte et Richter, p. 216 : « Et proinde jure dampnandi sunt illi, ut eos sancta synodus anathemate damnat... quique falso affirmant matrimonia a filiisfamilias sine consensu parentum contracta irrita esse, et parentes ea rata vel irrita facere posse : nihilominus sancta Dei Ecclesia ex justissimis causis ea semper detestata est atque prohibuit. »

2. Sanchez, *De sacr. matrim.*, l. IV, disp. XXII et s.

devant laquelle avaient reculé les Pères du concile de Trente. En France, les ordonnances exigèrent pour la validité du mariage, jusqu'à l'âge de vingt-cinq ans, le consentement des parents, ou, à leur défaut, celui des tuteurs et curateurs. La première ordonnance rendue sur cette matière est celle de 1556, qui fut promulguée pendant la première assemblée du concile à Trente; puis vinrent l'ordonnance de Blois de 1579, articles 40 et 41; l'Édit de 1606; l'ordonnance de 1629 (Code Michau), article 39; l'ordonnance de 1639¹. Ces textes, d'ailleurs, commencèrent par édicter simplement contre les contrevenants des peines civiles : l'exhérédation ou l'exclusion de plein droit de la succession paternelle. Mais bientôt on alla plus loin; on reconnut et prononça la nullité même du mariage ainsi contracté. On chercha néanmoins à mettre cette jurisprudence d'accord avec le droit canonique fixé par le concile de Trente, bien que celui-ci n'eût pas été reçu en France pour ce qui concerne la discipline. On y arriva au moyen de deux théories juridiques, celle de la clandestinité et celle du rapt de séduction². Il est vrai que le concile de Trente annulait le mariage pour cause de clandestinité et à raison du rapt. Mais il n'entendait ni la clandestinité ni le rapt dans le même sens que nos anciens jurisconsultes. Dans leur doctrine il y avait, quant à la forme, une interprétation extensive, et, pour le fond, une réforme véritable. Ce sont des points sur lesquels j'aurai l'occasion de revenir³.

Jusqu'ici je n'ai exposé que les controverses qui s'étaient agitées au concile de Trente sur les mariages clandestins et sur ceux contractés par les fils de famille. Il faut maintenant étudier en elles-mêmes les prescriptions qu'il a édictées quant aux formes et à la preuve du mariage et l'interprétation qu'elles ont reçues. Elles peuvent se répartir en trois groupes que je considérerai successivement : 1° celles qui concernent

1. *Conférences ecclésiastiques de Paris sur le mariage*, t. II, p. 409 et s.

2. *Conférences ecclésiastiques de Paris*, t. II, p. 407, 408.

3. *V. infra*, Chap. V, Sect. I, II.

des actes qui précèdent et préparent le mariage; 2° celles qui concernent la célébration du mariage; 3° celles qui concernent la preuve du mariage ou des actes postérieurs à la célébration.

III

Le concile, tout d'abord, ordonne de procéder aux publications de mariage ¹. C'était, nous le savons, une coutume ancienne, que le concile de Latran de 1215 avait transformée en loi. Mais le concile de Trente reprit ce sujet parce que la réglementation du concile de Latran était mal observée ² et en elle-même insuffisante. Elle n'avait en effet déterminé ni le mode ni le lieu de ces publications. Aussi, bien des points étaient controversés ³. On ne savait au juste combien de publications étaient nécessaires : au moins deux, disait Hostiensis. On se demandait où il fallait les faire : dans toutes les églises de la cité où le mariage devait se contracter, disait Innocent IV. Le concile de Trente a été plus précis. Il décide qu'il faut trois publications, et elles doivent être faites à l'église paroissiale, par le propre curé des parties, trois jours de fête consécutifs. Cependant, par là, toutes les difficultés n'étaient pas levées : un certain nombre de points restaient indécis.

En premier lieu, le texte ne parle que du *parochus* au singulier. Cela s'applique sans difficulté, lorsque les deux appartiennent à la même paroisse. Mais que décider s'ils appartiennent à des paroisses différentes. La solution qui s'imposa, c'est qu'il faut des publications dans les deux paroisses; il y

1. C. 1 (Schulte et Richter, p. 217) : « Idcirco sacri Lateranensis concilii sub Innocentio III celebrati vestigiis inhærendo præcipit ut in posterum antequam matrimonium contrahatur ter a proprio contrahentium parochis tribus continuis diebus festivis in Ecclesia inter missarum solemnias publice denunciatur inter quos matrimonium sit contrahendum. »

2. Panormit., sur c. III, X, *De cland. desp.*, IV, 3, n° 9 : « Sed adverte quod in multis locis non servatur hujusmodi denuntiatio de quo in littera. »

3. Hostiensis, *Summa*, p. 354; Innocent IV, 3, sur c. III, X, IV, 3; Panormit., *ibid.*

en a une double raison. Le but visé par le concile ne serait pas atteint si l'on agissait autrement; car les publications étant destinées à faire apparaître les empêchements, doivent pour être efficaces, se produire dans le milieu où chacun des époux est parfaitement connu. D'autre part, comme on le verra un peu plus loin, le curé de chacun des époux est également compétent pour procéder à la célébration; l'on ne sait pas d'avance lequel y procédera; il faut donc la rendre possible devant l'un comme devant l'autre.

Le lieu où les publications doivent être faites est celui où chacun des époux a son domicile. Mais, s'il y eu de la part de l'un d'eux un changement récent de domicile, suffit-il de faire des publications au lieu du nouveau domicile? Ne faut-il pas en faire aussi au lieu du domicile antérieur? Selon les uns cela n'est jamais nécessaire, selon d'autres cela l'est toujours. D'autres enfin distinguent selon que le nouveau domicile a existé, ou non, pendant plusieurs années, et telle paraît être la jurisprudence de la Congrégation du Concile¹.

Les publications ne sont pas d'ailleurs absolument exigées. La dispense peut en être accordée par l'évêque, et, en le décidant, le concile de Trente a assez profondément innové². Les anciens canonistes n'admettaient pas en principe que l'évêque pût dispenser des publications prescrites par le concile de Latran : la dispense en existait simplement de plein droit quand il s'agissait du mariage des princes et grands seigneurs, dont la condition et la généalogie étaient parfaitement connues. La coutume cependant, avec la tolérance du pouvoir pontifical, avait introduit la pratique de ces dispenses³. Le concile de Trente a changé cet usage en loi. L'évêque peut user de deux manières du pouvoir qui lui est conféré : soit en

1. *Senogallien.*, 3 avril 1734 (Schulte et Richter, p. 224, n° 28). [Pour les détails d'application, voyez P. Fournernet, *Le domicile matrimonial*, 1906.]

2. C. I (Schulte et Richter, p. 217) : « Nisi ordinarius ipse expedire judicaverit ut prædictæ denuntiationes remittantur, quod illius prudentiæ et judicio sanctus synodus relinquit. »

3. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. III, disp. VII, n° 1, 2.

remettant les publications après la célébration du mariage ¹, mais avant sa consommation, soit en dispensant purement et simplement de toutes les publications ou de plusieurs. Mais on reconnaît qu'il faut pour cela une juste cause ², tellement qu'on s'est demandé si d'un refus de l'évêque on ne pourrait pas appeler au supérieur ecclésiastique ³. L'énumération des justes causes qui se présentent le plus souvent est donnée par Sanchez, et parmi elles figure la crainte d'une opposition injuste de la part des parents et des proches ⁴.

Les canonistes se demandent encore si l'évêque peut imposer, à celui qui obtient de lui la dispense, le paiement d'une somme d'argent, *aliquam pecuniæ multam fabricæ ecclesiæ aut piis operibus*. La majorité des docteurs semble tenir pour l'affirmative. On fait remarquer que qui peut le plus peut le moins, et qu'il n'y a point là un marché, mais seulement une sorte de pénitence ou un témoignage de reconnaissance. Sanchez se prononce très énergiquement en sens contraire ⁵, et, en effet, le concile de Trente, dans sa session XXV, canon

1. C. 1 (Schulte et Richter, p. 217) : « Quod si aliquando probabilis fuerit suspicio matrimonium maliciose impediri posse, si tot præcesserint denunciationes, tunc vel una tantum denuntiatio fiat, vel saltem parochi et duobus vel tribus testibus præsentibus matrimonium celebretur; deinde ante illius consummationem denunciationes in Ecclesia fiant. »

2. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. III, disp. VIII, n° 1 : « Id Tridentinum non liberæ voluntati sed prudentiæ et judicio episcopi remittit. »

3. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. III, disp. X, n°s 12 et s., admet qu'il ne peut y avoir un appel proprement dit emportant l'effet suspensif; mais il y a un appel dévolutif par lequel on peut « judicis officium implorare ut ex officio et misericordia dispenset aut faciat ut inferior dispenset. »

4. *De sacr. matr.*, l. III, disp. IX.

5. Sanchez, *loc. cit.*, n° 9 : « Tridentinum solam concedit episcopo facultatem remittendi denunciationes et dispensandi in canone eas fieri præcipiente, non autem concecit facultatem obligationem legis in aliam materiam commutandi : alias sine justa causa posset remittere denunciationes, commutando in aliud opus pium; sicut potest absque alia causa obligationem voti in aliam commutare. Ex Tridentino (sess. XXV, *De reform. c. xviii*) præcipitur dispensationem gratis faciendam esse; ergo non potest imponi aliqua eleemosyna, alias non conceditur gratis dispensatio. »

xviii, ordonne expressément que toutes les dispenses devront être accordées gratuitement ¹.

Quelle est la sanction du défaut des publications exigées par le concile ? Sous l'empire de la législation édictée par le concile de Latran, personne n'avait soutenu que le défaut de *denunciationes* préalables rendait le mariage nul. Cela en faisait un mariage clandestin dans un certain sens (car le droit canonique connaissait plusieurs degrés de clandestinité) et cela entraînait certaines pénalités; mais la validité n'en était pas moins assurée. Sous l'empire du concile de Trente, la question changeait d'aspect. Dorénavant, en effet, l'Église annulait les mariages proprement clandestins : elle avait établi pour la célébration du mariage des formes essentielles, ne fallait-il pas mettre au nombre de celles-ci les publications ? On pouvait même soutenir que le texte impliquait cette solution, n'admettant la célébration du mariage que *præmissis denunciationibus*. Un certain nombre de docteurs raisonnaient ainsi : la présence du curé au mariage est exigée à peine de nullité; mais le concile ne lui permet de prêter cette assistance qu'après les publications; lorsque celles-ci sont omises, il n'a plus aucune autorité, il perd en quelque sorte sa qualité comme assistant nécessaire; il n'est plus qu'un simple particulier. Par conséquent le mariage est nul, n'ayant point été dûment célébré en présence du *parochus* ².

Mais ce raisonnement ne devait pas l'emporter; deux motifs péremptoires s'y opposaient. En premier lieu, le mariage contracté sans publications était valable avant le concile de Trente; il fallait donc trouver dans le décret du concile un texte formel pour l'annuler. Ce texte formel manquait; le concile n'avait fait que reprendre, en la précisant, la pratique antérieure des bans; il n'en avait point modifié la portée. Le décret irritant les mariages clandestins vise seulement ceux célébrés hors de la présence du curé et de deux

1. Schulte et Richter, p. 467.

2. Sanchez, *De sacr. mat.*, l. III, disp. V, n° 2, et les auteurs qu'il cite.

témoins. D'autre part, le concile, en permettant très largement à l'évêque l'octroi des dispenses, avait montré ouvertement qu'il ne considérait point les publications comme une formalité essentielle¹. Dès 1587, la Congrégation du Concile adoptait cette interprétation².

Dans la jurisprudence des tribunaux de l'ancienne France, la question ne fut pas résolue aussi simplement. Elle se posait, il est vrai, non sur le texte du concile qui n'avait pas été reçu en France, mais sur les ordonnances qui lui avaient emprunté ses dispositions quant à la célébration du mariage : néanmoins, la difficulté juridique était la même. Ici le texte à considérer était l'article 40 de l'ordonnance de Blois de 1579³. La jurisprudence qui s'établit sur ce texte décida d'abord (et cela était bien conforme à sa lettre) que le défaut de publication des bans entraînait la nullité du mariage. Cela fut jugé par un arrêt du parlement de Paris de l'année 1584 que rapporte Louet⁴, et, à la suite, par beaucoup d'autres. C'était l'opinion commune à la fin du xvi^e siècle et au commencement du xvii^e⁵.

Au cours du xvii^e siècle, cette jurisprudence changea ; mais elle ne se porta point, sans réserve, dans le sens opposé. On distingua entre les mariages des majeurs et ceux des mineurs. Pour les premiers on admit que le défaut de publication des bans n'entraînait pas la nullité ; on décida au contraire que, quand il s'agissait du mariage contracté par un mineur sans

1. Sanchez. *De sacr. matr.*, l. III, disp. V.

2. Schulte et Richter, p. 224, n° 27.

3. « Ordonnons que nos sujets, de quelque estat, qualité et condition qu'ils soient, ne pourront valablement contracter mariage sans proclamation précédente de bans faits par trois divers jours de festes, avec intervalle compétent, dont on ne pourra obtenir dispense, sinon après la première proclamation faite, et ce seulement pour quelque cause urgente et légitime et à la réquisition des principaux et plus proches parents communs des parties contractantes ; après lesquels bans, seront épousés publiquement. »

4. Lettre M, n° 6.

5. Voyez les autorités citées dans les *Mémoires du clergé de France*, éd. 1769, t. V, col. 1117 et s.

le consentement des parents, le défaut de publication suffisait pour le rendre clandestin et par conséquent nul ¹. Cette distinction pouvait se justifier dans une mesure par le lien naturel que les canonistes avaient toujours signalé entre les mariages clandestins et les mariages contractés par des fils de famille *sine consensu parentum*. Cette jurisprudence fut un des moyens par lesquels nos pères arrivèrent à obtenir ce que le concile de Trente n'avait pas osé accorder, comme on l'a vu plus haut ².

En laissant de côté notre jurisprudence nationale, la sanction du défaut de publications fut donc simplement après le concile de Trente ce qu'elle était avant lui : elle consista en peines et déchéances. Les peines étaient fixées par le quatrième concile de Latran ³, souvent renforcé par des statuts synodaux ⁴. Quant aux déchéances, un point est à relever. Le droit antérieur ne faisait pas participer les mariages clandestins à la faveur des mariages putatifs; mais c'était une question que de savoir si l'absence des publications suffisait pour rendre, à ce point de vue spécial, le mariage clandestin. Beaucoup enseignaient l'affirmative ⁵, mais la négative

1. *Mémoires du clergé de France*, t. V, col. 1119 : « On a changé cette jurisprudence peu de temps après, et l'on a prétendu que la nullité prononcée par l'ordonnance de Blois contre les mariages faits sauf cette solennité ne regarde que les mariages des enfans de famille, qui sont en la puissance des pères, mères, tuteurs ou curateurs. C'est une opinion commune que l'ordre de 1639, article 1^{er}, lui donne cette interprétation, et même c'est un sentiment reçu dans les cours mêmes séculières que si le mariage des enfans de famille avait été célébré du consentement de leurs parens, le défaut de publication de bans n'y serait pas considéré comme une nullité, parce que l'esprit de l'ordonnance est d'apporter des précautions afin que les enfans de famille ne puissent pas contracter mariage sans le consentement de leurs parens. »

2. Ci-dessus, t. II, p. 192.

3. C. III, X, *De cland. desp.*, IV, 3.

4. Cette action des synodes provinciaux ou diocésains fut reconnue comme légitime, encore après le concile de Trente, mais non sans divergences d'opinions; Sanchez, *De sacr. matr.*, l. III, disp. I, n^{os} 6, 7.

5. Glose sur c. III, X, *De cland. desp.*, IV, 3.

avait aussi ses partisans ¹. Le concile de Trente n'a pas résolu la difficulté d'une façon formelle; mais on peut dire qu'il l'a tranchée implicitement. En effet, dans le canon v du décret *de reformatione matrimonii*, il ordonne de refuser toute dispense à ceux qui contracteraient un mariage entre parents au degré prohibé, et cela quand même ils auraient été de bonne foi, s'ils n'ont pas fait procéder à la publication des bans ². A plus forte raison le défaut de bans doit-il suffire pour que l'on ne puisse considérer comme putatif un mariage nul ³.

Pour la période qui précède la célébration du mariage, le concile de Trente a encore édicté deux prescriptions. La première, c'est l'exhortation adressée aux époux de ne point habiter dans la même maison avant d'avoir reçu la bénédiction nuptiale, le mariage pouvant avoir été célébré valablement sans que celle-ci ait été donnée ⁴. La seconde est aussi une exhortation qui leur est adressée, celle de se confesser et de recevoir la communion avant de contracter mariage, ou au moins trois jours avant la consommation du mariage ⁵. Bien évidemment, d'après le texte, il y a là un simple conseil, non une règle impérative, et tel est le sentiment de Sanchez ⁶ qui ajoute que cela n'est contesté par personne.

1. Panormit., sur c. III, X, IV, 3, n° 9.

2. Schulte et Richter, p. 219.

3. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. III, disp. XLII, n° 6.

4. C. I (Schulte et Richter, p. 217) : « Præterea eadem sancta synodus hortatur ut conjuges, ante benedictionem sacerdotalem in templo suscipiendam in eadem domo non cohabitent. »

5. C. I (Schulte et Richter, p. 217) : « Postremo sancta synodus conjuges hortatur ut antequam contrahant, vel saltem triduo ante matrimonii consummationem sua peccata diligenter confiteantur et ad sanctissimum eucharistiæ sacramentum pie accedant. »

6. *De sacr. matr.*, l. VII, disp. IX, n° 14 : « Atque Tridentinum sess. XXIV, *De matr.*, c. 1, solum hortatur ad confessionem et communionem præmittendam. Et hoc nemo negat. Quia solum eucharistiæ sacramentum præmitti confessionem mortalium peccatorum postulat; cætera autem solam contritionem, vel attritionem bona fide contritionem æstimatam, quo digne recipiantur. Si autem matrimonium jam initum sit, nulla est culpa suscipere

IV

Nous arrivons aux prescriptions du concile concernant la célébration même du mariage. Il doit être contracté en présence du curé (*parochus*), ou d'un autre prêtre qui aura obtenu la permission du curé ou de l'ordinaire, et de deux ou trois témoins. Ce sont là des formalités essentielles; tout mariage autrement contracté est déclaré nul, et la *clandestinitas* ainsi entendue est devenue par là même un empêchement dirimant¹. Cette disposition fondamentale, complétée par quelques autres dispositions accessoires, a été fixée et développée par un travail d'interprétation dont il faut signaler les principaux résultats.

Le *parochus* dont le concile exige la présence est l'ecclésiastique préposé à une paroisse, à quelque titre d'ailleurs que cela soit². Mais il ne suffit pas d'un *parochus* quelconque; il faut le *proprius parochus* des conjoints; cela résulte de divers passages, bien que le décret irritant lui-même n'en contienne pas la mention expresse³. Si les conjoints appartiennent à des paroisses différentes, les deux curés sont égale-

benedictiones in mortali; quia eæ non sunt sacramentum. » — Sur cette question, et pour les rituels de l'ancienne France, voyez *Conférences ecclésiastiques de Paris*, t. I, p. 96, 97. — Pour le temps présent, voyez Feije, *De impedimentis et dispensationibus matrimonialibus*, 3^e édit., Lovanii, 1885, n^{os} 276, 277.

1. C. 1 (Schulte et Richter, p. 247) : « Qui aliter quam præsentis parochi vel alio sacerdote de ipsius parochi vel ordinarii licentia, et duobus vel tribus testibus matrimonium contrahere attentabunt, eos sancta synodus ad sic contrahendum omnino inhabiles reddit, et hujusmodi contractus irritos et nullos esse decernit, prout præsentis decreto irritos facit et annullat. »

2. Sanchez, l. III, disp. XXXI : « Non tantum parochi proprietarii qui habent beneficium parochiale, sed parochi delegati, quos episcopi constituunt et ad nutum amovere possunt, et vice curati instituti a parochis proprietariis. »

3. [Boudinhon, *Le mariage et les fiançailles*, p. 23 et s., a tenté de démontrer que le concile de Trente n'exige nullement l'assistance du *proprius parochus*. Mais son opinion est tout à fait isolée.]

ment compétents pour la célébration du mariage. Chacun d'eux étant compétent par rapport à l'un des époux, l'est également par rapport à l'autre, parce qu'il s'agit ici d'un acte indivisible¹. Il faut ajouter que, pour que la compétence du propre curé soit fondée, il n'est pas nécessaire que le mariage soit célébré dans sa paroisse. Le curé de la fiancée pourrait valablement intervenir dans la paroisse du fiancé et à l'inverse; les deux curés pourraient procéder à la célébration en dehors de leur diocèse : leur compétence est personnelle et non territoriale. Cela vient de ce que les canonistes ne considèrent point l'intervention du propre curé comme un acte de juridiction de sa part, mais comme l'assistance d'un témoin spécial. Tout au plus aurait-on pu voir là un acte de juridiction gracieuse, n'exigeant aucune *causæ cognitio*; or les légistes et les canonistes admettaient unanimement que le juge pouvait faire des actes semblables en dehors de son territoire². Enfin on ajoutait à cela un argument tiré d'une comparaison souvent utilisée en cette matière. On rapprochait sans cesse les pouvoirs du *parochus*, quant au mariage de ses paroissiens, du droit qu'il avait de recevoir leur confession; or tous reconnaissaient qu'ils pouvaient recevoir celle-ci hors de la paroisse ou même du diocèse³.

Mais, quel est au juste le propre curé de chacun des époux? Pour le déterminer, les canonistes utilisèrent en les combi-

1. Sanchez, l. III, disp. XIX, n° 2; Décision de la Congrégation du Concile, dans Schulte et Richter, p. 227, n° 43.

2. L. 2, D., *De off. proc.*, l, 15; glose sur c. v, VI, *De off. ord.*, l, 16.

3. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. III, disp. XIX, n° 7-14; et l. III, disp. XXIII, n° 10 : « Præmittendum est eum dici proprium parochum ad conjungendum aliquos matrimonio aliique licentiam conjungendi concedendam qui c. xii, X, *De pœnit. et remiss.*, V, 38, appellatur proprius sacerdos ad audiendas confessiones et dandam absolutionem. Probo quia sicut in Trident. sess. XXIV, c. 1, *De matr.*, petitur ut assistat proprius parochus vel alius sacerdos de ejus commissione, ita dictum c. *Omnis* ut proprius sacerdos excipiat confessiones, vel alius de ejus licentia : ergo idem est parochus de quo Tridentium loquitur et proprius sacerdos de quo meminit dictum c. *Omnis*. »

nant deux théories : 1° La théorie du domicile et de la résidence, telle que les légistes et les canonistes l'avaient établie en commentant et en développant les textes du droit romain ; 2° La théorie toute particulière qui avait été construite sur un texte célèbre (le c. *Omnis*, X, *De pœnitentiis*)¹, pour déterminer le curé paroissial auquel chaque fidèle devait se confesser au moins une fois l'an.

Le droit romain, ou plutôt les commentateurs de ce droit, distinguaient, quant au rapport légal qui pouvait exister entre une personne et un certain lieu, le domicile d'origine, le domicile réel, et l'*habitatio* ou résidence. Le domicile d'origine était déterminé et acquis par le fait de la naissance ; il était pour chaque personne au lieu où son père était domicilié quand elle était née, s'il s'agissait d'un enfant légitime ; au lieu où était alors domiciliée la mère, s'il s'agissait d'un enfant naturel. Ce domicile était nécessairement unique et immuable². Le *domicilium habitationis*, ou domicile réel, se trouvait au lieu où une personne transportait sa résidence avec l'intention d'y habiter dorénavant et indéfiniment. Ce domicile, qui existait dès lors, pouvait être changé ; il fallait pour cela à la fois un changement de volonté et un changement effectif de résidence³. Enfin l'*habitatio* ou résidence existait au lieu où l'on s'établissait, non point à perpétuelle demeure, mais seulement pour un certain temps, pour une affaire déterminée.

Cela étant, pour déterminer quant au mariage le *proprius parochus* de chacun des conjoints, deux points peuvent être considérés comme certains.

Premièrement le curé du *domicilium originis* n'a pas compétence, en cette seule qualité, pour célébrer le mariage. Il est en effet admis qu'au point de vue religieux la paroisse et le diocèse d'un fidèle ne se trouvent que là où est son *domici-*

1. C. XII, X, *De pœnit.*, V, 38.

2. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. III, disp. XXIII, n° 3.

3. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. III, disp. XXIII, n°s 2, 4.

lium habitationis ¹ : lorsque le droit canonique veut exceptionnellement conférer certains pouvoirs au curé du *domicilium originis*, il en fait une disposition expresse et formelle ². Cela résulte également d'une décision du concile de Trente; celui-ci a statué, comme on le verra plus loin, sur le mariage des *vagi*, c'est-à-dire de ceux qui n'ont pas de domicile réel, et il ne les a pas renvoyés au curé de leur *domicilium originis* ³.

Le second point certain, c'est que le curé du *domicilium habitationis* est toujours compétent, sans autre condition : il l'est, alors même que ce domicile, qui s'acquiert instantanément, existerait depuis fort peu de temps ⁴, sauf la précaution indiquée ci-dessus quant à la publication des bans ⁵.

Reste la question de savoir si le mariage peut être contracté devant le curé du lieu où l'un des conjoints a une simple *habitatio* : elle a soulevé des difficultés et des doutes. Certains ne voulaient jamais lui reconnaître compétence ⁶. Mais d'autres distinguèrent entre une simple résidence accidentelle et transitoire et une résidence destinée à se prolonger pendant un certain temps, d'une manière normale et prévue. On admit que, dans ce dernier cas, le résident devenait, quant au mariage, le paroissien du curé du lieu; et c'est l'opinion qui prévalut. C'est ainsi en effet qu'au point de vue de la confes-

1. Glose sur c. xi, VI, *De rescrip.*, I, 3, v^{is} *Unam dictam* : « Satis videtur de mente conditoris esse, quod habeatur respectus loci domicilii, non rei vel originis... Notat etiam Compostellanus... quod diœcesanus alicujus, ubi aliud non additur, intelligi debet diœcesanus domicilii, et sic disputavi et determinavi, et sic servat curia Romana ut audivi. »

2. C. III, VI, *De temp. ord.*, I, 9, et la glose v^{is} *Cum nullus* : « Episcopus originis, domicilii, vel ecclesiastici beneficii commendatitias ad ordines dare potest. »

3. C. VII (Schulte et Richter, p. 219); Sanchez, *De sacr. matr.*, l. III, disp. XXIII, n° 7.

4. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. III, disp. XXIV, n° 14, 15.

5. Ci-dessus, t. II, p. 196.

6. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. III, disp. XXIII, n° 11, et les auteurs cités par lui.

sion annuelle les docteurs entendaient le *proprius parochus* dans l'interprétation du canon *Omnis* ¹. En vertu de cette interprétation, peuvent se marier devant le curé de leur simple résidence : les étudiants, les domestiques, les ouvriers, ceux qui se réfugient dans une ville à raison d'une épidémie qui sévit au lieu de leur domicile ².

La doctrine allait plus loin encore et arrivait à cette conclusion que la qualité de paroissien, quant au mariage, s'acquiert par le seul fait de la simple résidence continuée pendant l'année ou durant la plus grande partie de l'année ³.

Les décisions de la Congrégation du Concile sont dans ce sens et sont animées d'un esprit très large. Si elle décide qu'un habitant de la ville ne peut pas se marier à la campagne où il va pour son plaisir faire un court séjour ⁴; d'autre part, elle admet que les servantes peuvent contracter mariage devant le curé du lieu où elles servent ⁵; elle paraît même se contenter, dans certaines hypothèses, pour donner compétence au curé du lieu, d'un séjour d'un ou deux mois ⁶.

1. Glose sur Clément, I, *De privileg.*, V, 7; Panormit., sur c. xiii, X, *de for. comp.*, II, 2, n° 29.

2. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. III, disp. XXIII, n° 12 : « Secunda sententia docet acquiri parochiam ratione habitationis, quando ea brevis temporis non est, ut si in oppidum quis se recipit causa alicujus negotii expediendi, ut eo expedito ad proprium domicilium redeat. Ut adquirunt scholastici in loco studii, famuli et mercenarii non ad breve tempus locantes opera in domo heri, et ii qui causa pestis aut belli aliquo confugiunt. »

3. Sanchez, *De sacr. matr.*, t. III, disp. XXIV, n° 12; Feije, *De impedimentis*, n° 213.

4. Schulte et Richter, p. 226, n° 33.

5. Schulte et Richter, p. 228, n° 45.

6. Schulte et Richter, p. 226, 227, nos 34 et 42. — Cf. Feije, *De impedimentis et dispensationibus matrimonialibus*, tertia edit., Lovanii, 1885, nos 210 et s.; spécialement les décisions citées p. 134, note 5. — Quelques-uns ont même voulu établir, sur quelques décisions favorables de la Congrégation, une doctrine ferme, d'après laquelle il suffirait d'un mois de résidence pour rendre le curé du lieu compétent, quel que fût d'ailleurs le caractère de cette résidence, alors même qu'elle n'aurait pour but que de permettre de contracter plus aisément mariage. Mais cela paraît peu juridique. Feije, nos 219 et s.

Si la qualité de *proprius parochus* ainsi entendue est nécessaire pour la validité du mariage, d'autre part elle est suffisante. Le mariage n'en est pas moins valable quand le *parochus* serait excommunié, suspendu, *irregularis*, même non *toleratus*¹; car, d'un côté, celui-ci est toujours *parochus*, d'autre part, en assistant au mariage, il fait acte de présence et non de juridiction. Cela nous amène à examiner quel rôle joue le propre curé dans la célébration.

V

Le concile ordonne au prêtre d'interroger les fiancés pour s'assurer de leur consentement, et de prononcer certaines paroles constatant le mariage contracté². Le décret de réforme veut aussi, dans une partie ultérieure, que la bénédiction nuptiale soit donnée par lui aux époux³. Mais l'importance juridique de ces divers actes ou formalités est nulle en ce qui concerne la validité du mariage.

Pour ce qui est de la bénédiction, elle n'est point essentielle à la validité : c'est un point incontesté. L'opinion contraire produite au concile ne fut point adoptée par lui, et le décret ne parle de la bénédiction qu'après avoir mentionné la célébration du mariage; il suppose même qu'un intervalle de temps peut les séparer.

Il en est de même, bien que le contraire ait été soutenu⁴,

1. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. III, disp. XXI, n° 4 : « Excommunicatus, suspensus, vel irregularis, dum parochia non privatur, manet in possessione, et verus parochus est. »

2. C. 1 (Schulte et Richter, p. 271) : « Quibus denunciationibus factis, si nullum legitimum opponatur impedimentum, ad celebrationem matrimonii in facie Ecclesiæ procedatur, ubi parochus, viro et muliere interrogatis, et eorum mutuo consensu intellecto, vel dicat : Ego vos in matrimonium conjungo in nomine Patris, et Filii et Spiritus Sancti, vel aliis utatur verbis, juxta receptum uniuscujusque provinciæ ritum. »

3. C. 1 (Schulte et Richter, p. 247) : « Statuitque benedictionem a proprio parrocho fieri. »

4. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. III, disp. XXXVIII, n° 2.

des interrogations adressées par le curé et des paroles prononcées par lui : le seul fait que ces dernières peuvent varier, selon l'usage des différentes églises, montre qu'elles ne sont point essentielles.

Il résulte de là que le concile a maintenu la doctrine traditionnelle d'après laquelle les contractants eux-mêmes, et non le prêtre, sont les ministres du sacrement de mariage, et c'est ce que reconnaît la Congrégation du Concile¹. Il en résulte aussi, au point de vue juridique, qu'il n'est pas nécessaire que le prêtre joue un rôle actif dans l'acte de la célébration. Le décret irritant exige seulement sa présence, ainsi que celle de deux témoins, pour la validité du mariage. Il suffit qu'il soit spectateur, ou plutôt il est lui-même un témoin, *testis spectabilis*, dit la Congrégation du Concile². C'est d'ailleurs ce qui se dégage avec la plus grande netteté des travaux préparatoires. Nous avons vu que le premier projet n'exigeait pas la présence du curé, mais seulement celle de trois témoins; puis, dans la discussion, la proposition fut faite que le prêtre fût nécessairement l'un des témoins; cette proposition plut à beaucoup et fut adoptée.

Si la présence du prêtre est suffisante, il ne suffit point cependant qu'elle soit purement matérielle; elle doit être *humana et moralis*. Il faut que le prêtre sache qu'il a devant lui un homme et une femme dont il puisse constater l'identité; il faut qu'il constate aussi que, par des paroles ou des signes équivalents, ils ont échangé devant lui le consentement nécessaire pour le mariage³. Mais, cela étant, peu importe comment les contractants se procurent la présence du curé. Qu'ils le prennent par surprise, accompagnés de leurs témoins, — qu'ils le retiennent par violence, — qu'ils l'amènent chez eux par dol en simulant qu'il va être procédé à un autre acte : le mariage

1. Schulte et Richter, p. 229, n° 49 : « Quod parochus in matrimonium nullam exerceat jurisdictionem, cum ex veriori et receptiori sententia non sit minister magni hujus sacramenti. »

2. Schulte et Richter, p. 229, n° 49.

3. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. III, disp. XXXIX.

est toujours valable, pourvu qu'ils aient prononcé devant le *parochus* les paroles du consentement et que celui-ci ait pu les entendre. A cet égard, les décisions de la Congrégation du Concile sont formelles ; et elle a reconnu parfois comme valides les mariages contractés de la façon la plus romanesque et la plus bizarre ¹. Dans cette jurisprudence et cette interprétation reparaît l'esprit traditionnel de l'Église, qui favorise, autant que possible, la conclusion des mariages.

Les diverses attributions que le concile de Trente confère, quant au mariage, au *proprius parochus* ne sont pas nécessairement exercées par lui ; elles peuvent l'être aussi par un autre ecclésiastique qui le remplace. Mais il faut alors que le remplaçant soit *sacerdos* et qu'il ait reçu une délégation valable, *licentia* ². Le pouvoir de délégation appartient à deux personnes : au *proprius parochus* lui-même, et à l'ordinaire ³, c'est-à-dire à l'évêque dans le diocèse duquel se trouve la paroisse des conjoints. L'évêque ayant ainsi le pouvoir de donner la *licentia conjugendi*, on en conclut très justement qu'il pourrait se substituer directement au curé et célébrer le mariage en personne ⁴. L'archevêque, dans la province duquel est situé le diocèse des conjoints, a-t-il également le pouvoir de délégation ? Non, car il n'est pas leur ordinaire et n'a directement sur eux que des pouvoirs tout à fait excep-

1. Schulte et Richter, nos 63, 64, 65, 66, 67, p. 234 et 235. [Contrairement à la jurisprudence de la Congrégation du Concile, à laquelle se conformait le parlement d'Aix, le parlement de Paris proclama la nullité des mariages à la Gaulmine, et déclara que l'assistance active du prêtre est essentielle à la formation du mariage. — Arrêt du 12 août 1698, Guy du Rousseau de Lacombe, *Recueil de jurisprudence*.] J. D.

2. *Licentia* est le terme technique employé par le concile ; il s'est conservé dans la *licence* du droit anglais.

3. C. 1 (Schulte et Richter, p. 247) : « Qui aliter quam præsentæ parochi vel alio sacerdote de ipsius parochi vel ordinarii licentia... contrahere attentabunt. » — « Statuitque benedictionem a proprio parochi fieri neque a quoquam nisi ab ipso parochi vel ab ordinario licentiam ad prædictam benedictionem faciendam concedi posse. »

4. Quant au pouvoir des vicaires de l'évêque, voyez Sanchez, *De sacr. matr.*, l. III, disp. XXIX et s.

tionnels ¹. Seulement, Sanchez admet que, sur le refus de l'évêque d'accorder la *licentia* ou de procéder lui-même à la célébration, l'appel peut être interjeté devant l'archevêque, et que celui-ci devient alors compétent. Mais ce droit ne lui appartiendrait que lorsque la sentence rendue par lui sur l'appel serait elle-même devenue définitive. Le légat du pape possède les mêmes pouvoirs que l'évêque dans la province à laquelle il a été commis, car il y est lui-même *ordinarius* ².

Sur l'exercice du pouvoir de délégation, les canonistes examinent diverses questions peu pratiques, mais intéressantes au point de vue juridique. Comme il s'agit là d'un acte de volonté et même de juridiction de la part du *parochus* et de l'*ordinarius*, on ne peut lui appliquer ce que l'on décide quant à la présence du curé au mariage. La *licentia* obtenue par violence et pardol est nulle, et nul par conséquent tout ce qui s'ensuit ³.

Il est une classe de personnes auxquelles ne peuvent s'appliquer exactement les dispositions que nous avons étudiées : ce sont les vagabonds, *vagi*, ceux qui n'ont aucun domicile fixe. Pour ceux-là, quel est le curé compétent quant au mariage? Si un *vagus* épouse une personne domiciliée, le curé de cette dernière a évidemment compétence; mais il peut se faire que les deux conjoints soient *vagi*, et alors reparaît la difficulté. On ne saurait prétendre qu'il faille prendre en considération le *domicilium originis* du *vagum*; outre que ce domicile serait lui-même le plus souvent difficile ou impossible à retrouver, nous savons qu'il ne confère jamais compétence au curé quant au mariage. Mais alors deux solutions seulement peuvent se concevoir. Ou bien il faut dire qu'aucun *parochus* n'est compétent pour célébrer le mariage de deux

1. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. III, disp. XXVIII, n° 3 : « Non est enim ordinarius ipsorum, nec habet jurisdictionem nisi in causis devolutis per appellationem ad eum et in aliis casibus singularibus. » — Cf. c. xi, X, *De off. jud. ord.*, I, 31, et la glose.

2. C. II, VI, *De off. leg.*, I, 15.

3. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. III, disp. XXIX, nos 13 et s. Voyez cependant Feije, *De impedimentis*, n° 297, p. 186.

vagi : mais ce serait déclarer un tel mariage impossible. Ou l'on doit déclarer que tout *parochus* est compétent, car il n'y a pas de raison pour préférer l'un aux autres. Cette dernière solution est celle qu'on donnait déjà pour la confession annuelle et obligatoire des *vagi*; c'est elle qui a prévalu quant à leur mariage¹. Le concile de Trente l'a implicitement adoptée. Il réglemente le mariage des *vagi*, mais seulement pour prendre des précautions contre lui, pour le rendre plus difficile, les bigamies étant ici fort à craindre. Dans les prescriptions qu'il édicte à cet égard, il s'adresse à tous les *parochi*, sans en désigner quelques-uns comme spécialement compétents. Il ne leur permet de célébrer de semblables mariages qu'à deux conditions : ils devront se livrer à une enquête et ils devront demander et obtenir préalablement l'autorisation de l'*ordinarius*². Ces précautions doivent être considérées comme nécessaires, alors même qu'un seul des conjoints est *vagus*³. D'ailleurs, si elles étaient omises, le mariage célébré devant un curé et deux témoins n'en serait pas moins valable; à ce point de vue la condition du *vagus* est même plus favorable que celle des domiciliés, tout curé étant considéré comme son *proprius parochus*.

VI

Outre la présence du prêtre, le concile de Trente exige, pour la validité du mariage, la présence de deux témoins au moins. Ce nombre est celui qu'exige le droit canonique pour que la preuve testimoniale soit acquise; ce n'est pourtant pas ci de preuve qu'il s'agit, mais de publicité et de solennité. Le projet primitif exigeait trois témoins, et c'est bien en réalité le chiffre qui a été maintenu, seulement le curé a pris la place de l'un d'eux. Un mariage célébré devant le *parochus* et un seul témoin pourrait très exactement être prouvé d'après les

1. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. III, disp. XXV, n° 5 et s.

2. C. VII (Schulte et Richter, p. 219) : « Parochis autem præcipit ne illorum matrimonii intersint, nisi prius diligentem inquisitionem fecerint et re ad ordinarium delata ab eo licentiam id faciendi obtinuerint. »

3. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. III, disp. XXV, n° 9.

règles de la preuve testimoniale; il n'en est pas moins nul ¹.

Quelles qualités doivent avoir ces deux témoins? Faut-il que ce soient des témoins qui, s'ils étaient produits en justice, ne pourraient être écartés par aucun reproche, *omni exceptione majores*? En ce cas, cela exclurait bien des personnes, car le droit canonique repousse un grand nombre de témoins : *excommunicati, infames, parentes, consanguinei, servi, familiares, feminæ* ². On aurait pu, semble-t-il, soutenir cette opinion à raison même de la gravité des intérêts engagés. Un texte, au point de vue de la preuve, il est vrai, exige, pour prononcer la nullité du mariage à raison de la parenté, des témoins *omni exceptione majores* ³; et avant le concile de Trente, Covarruvias professait ce principe pour toutes les causes matrimoniales ⁴; cependant on admettait, dit-il, les femmes à témoigner en matière de mariage, et les *consanguinei* étaient également admis en vertu de textes formels ⁵. Dans la discussion au concile de Trente, plusieurs Pères appliquèrent cela aux témoins du mariage, tels qu'on se proposait de les exiger ⁶.

Malgré cela, l'opinion qui prévalut, c'est qu'il suffit de deux témoins quelconques ⁷. La principale raison juridique c'est qu'il s'agit non d'une question de preuve, mais d'une question de solennité. Les témoins sont simplement instru-

1. Décision de la Congrégation, dans Schulte et Richter, p. 227, n° 40.

2. Sanchez, *De sacr. matr.*, I, p. 230.

3. C. 1, X, *De consang.*, IV, 14.

4. *De matr.*, pars II, c. VIII, § 12, n° 18 (*Opera*, t. I, p. 234) et les auteurs qu'il cite.

5. Ci-dessus, t. I, p. 219 et 456.

6. *Tortoniensis* (Theiner, II, p. 320; Ehses, IX, p. 656) : « Dicatur quod tres testes sint fide digni et inter eos sit unus sacerdos aut notarius. — *Parisiensis* (Theiner, II, p. 321; Ehses, IX, p. 658) : « Quod testes sint legitimi et unus eorum sit parochus. » — *Auriensis* (Theiner, II, p. 324; Ehses, IX, p. 663) : « Testes sint cives ejusdem loci. » — *Senonensis* (Theiner, II, p. 345; Ehses, IX, p. 700) : « In decreto de clandestinis testes sint omnes exceptione majores, et exprimatur quod ad minus sint tres testes vel duo. »

7. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. III, disp. XLII, n° 5.

mentaires, *appositi instrumento ex communi contrahentium consensu*. Or, dans ce cas, les légistes et les canonistes se départaient des exigences qu'ils professaient quant à la preuve testimoniale¹. On peut ajouter que, quand il s'agissait d'établir en justice non la nullité, mais au contraire la conclusion du mariage, traditionnellement le droit canonique se montrait moins exigeant quant à la qualité des témoins. Enfin, la raison véritable et profonde fut la faveur du mariage, le vieil esprit du droit canonique. Avant le concile de Trente, on admettait la validité du mariage sans aucune forme; on réduisit autant que possible les formalités exigées dorénavant par le concile pour la validité.

Toute personne est donc capable en droit de servir de témoin à un mariage; aucune condition d'âge ni de sexe n'est exigée; les femmes et les mineurs sont admis comme les hommes et les majeurs, les non-catholiques comme les catholiques. Mais il faut que leur présence, comme celle du curé, soit *humana et moralis*. Il faut qu'ils aient l'usage de leurs sens et de leur raison, qu'ils comprennent ce qui se passe et constatent le consentement nécessaire pour le mariage: un mariage célébré devant deux personnes complètement ivres ou devant deux petits enfants serait radicalement nul². Cela est nécessaire, mais suffisant; peu importe la manière dont les contractants se procureront les témoins, qu'ils les aient amenés par force ou par dol. Il n'est pas non plus nécessaire que les témoins aient été spécialement amenés pour assister au mariage; on pourrait aussi bien les prendre au passage. On

1. Nov. 90, c. iv; et la glose, v° *Et supplicii*: « Innuît, quod non fide dignus, ex quo est rogatus, creditur ei sine tormentis alias non. » — *Additio*: « Rogato testi ab utraque parte non potest infamia opponi; licet alias vilissimi et non fide digni testimonium non probet. Bald. in c. *In nomine*, X, *De testib.*, n° 9. »

2. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. III, dis. XXXIX, n° 1: « Quæ ultra physicam addit usum rationis et advertentiam: itaque exigitur ut rationis usum habeant et intelligant consensum utriusque contrahentis. Unde si essent ebrii vel dormientes, vel non adverterent, vel testes essent infantes, non valeret matrimonium. »

se demande seulement s'il faut qu'ils aient été requis, *rogati*, par les contractants ¹.

VII

Le droit canonique ancien n'avait point organisé pour le mariage une preuve spéciale et adéquate. Nous avons vu plus haut ² combien c'était là une matière difficile et compliquée. En fait, les curés n'avaient pas l'habitude de tenir registre des mariages célébrés *in facie Ecclesiæ*; en droit, il était fort douteux que de semblables registres fissent preuve. Le concile de Trente contient sur ce sujet cette seule disposition très simple et très importante : « Que le curé ait un livre dans lequel il enregistra les noms des conjoints et des témoins, le jour et le lieu où le mariage a été contracté, et qu'il garde soigneusement ce livre chez lui ³. » Cette prescription notable paraît avoir été proposée par l'évêque de Jaen lors de la seconde lecture ⁴. Elle ne figurait ni dans le premier projet ni dans les *articuli primo reformati* ⁵, et elle n'apparaît que dans la troisième rédaction ⁶. Je ne vois pas qu'elle ait donné lieu à aucune discussion. En quoi a-t-elle modifié le droit antérieur?

Il faut d'abord tenir pour certain que ces registres dorénavant font pleinement foi et preuve, *jure canonico*; ils sont en effet rédigés par une personne ayant reçu du supérieur

1. Voyez en sens divers : Glose sur c. xv, C. III, qu. 9, v° *Audiverunt* (celle-ci, bien entendu, ne parle que des témoins instrumentaires en général); Sanchez, *De sacr. matr.*, l. III, disp. XLII, n° 5 et s.

2. T. I, p. 212 et s.

3. C. 1 (*De reform. matr.*), Schulte et Richter, p. 217 : « Habeat parochus librum, in quo conjugum et testium nomina diemque et locum contracti matrimonii describat, quem diligenter apud se custodiat. »

4. *Genuensis* (Theiner, II, 343; Ehses, IX, p. 697) : « Mandetur ut parochus habeat librum in quo nomina baptizatorum et contrahentium describantur. »

5. Theiner, II, p. 335; Ehses, IX, p. 682.

6. Theiner, II, p. 388; Ehses, IX, p. 762.

qualité à cet effet ¹. Cependant des auteurs se sont demandé s'il ne fallait pas pour cela que le curé s'adjoignît un *notarius* ². Mais il faut également tenir pour certain que la preuve par ces registres n'a point eu pour effet d'exclure, quant au mariage, les autres modes de preuve précédemment admis. La preuve par témoins et par la commune renommée et la possession d'état restent ouvertes comme par le passé : le concile a ajouté une nouvelle ressource, sans supprimer les anciennes. Cet état de droit, qui est encore aujourd'hui celui de l'Angleterre ³, n'est pas en soi très satisfaisant ; je dirai plus loin comment il fut heureusement modifié dans l'ancienne France.

VIII

Le concile de Trente, par les diverses prescriptions que je viens d'étudier, avait profondément modifié le droit ancien du mariage. Cependant, une seule de ces prescriptions avait une importance capitale, celle qui ordonnait la célébration du mariage en présence du propre curé et de deux témoins : celle-là en effet entraînait seule, quand elle était violée, la nullité du mariage ; les autres n'avaient pour sanction que des pénalités contre les contrevenants ⁴. Mais il ne faudrait point croire que le concile, quant aux points qu'il avait ainsi retouchés, supprimât complètement l'application du droit ancien. Tous les mariages des chrétiens n'étaient point soumis à ces pres-

1. Cf. Innocent IV, sur c. 1, X, *De procur.*, I, 38.

2. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. II, disp. XV, n° 22 : « Quod præceptum, quia tendit ad finem vitandi lites et ut Ecclesiæ constet de matrimonio, obligat sub culpa lethali... Quando autem aliquis de licentia ordinarii assistit matrimonio tenetur parochum admonere ut scribat in libro, ut servetur prædictum Tridentini decretum. Non tamen requiritur aliqua notarii subscriptio, sed satis est simplex parochi, quia eam solam petit Tridentinum. » — Cf. *ibid.*, l. III, disp. XLII, n° 5.

3. Browne, *Divorce and matrimonial causes*, édit. 1880, p. 290 et suiv. ; Stephen, *Digest of evidence*, édit. 1877, art. 50 et suiv.

4. C. 1 (Schulte et Richter, p. 217).

criptions nouvelles ; et ceux qui y échappaient restaient par là même sous l'empire de la législation antérieure.

En vertu d'une clause formelle contenue dans le chapitre 1^{er} du *decretum de reformatione matrimonii*, les dispositions que ce chapitre comprenait ne devaient entrer en vigueur qu'autant qu'elles auraient été publiées dans chaque paroisse et trente jours après cette publication ¹. Cette clause, s'il faut en croire des témoignages considérables, aurait été introduite comme un ménagement à l'égard des protestants ; on retardait et l'on divisait l'application locale du décret ². Or, par suite de circonstances historiques diverses, cette publication n'a pas été faite dans un assez grand nombre de régions habitées par des catholiques ou des protestants ³. Dans ces pays, il était admis que le droit canonique du mariage était resté ce qu'il était avant le concile de Trente ; les mariages contractés *solo consensu*, les mariages clandestins avaient conservé toute leur force. Par suite, le mariage contracté là par deux chrétiens

1. C. 1 (Schulte et Richter, p. 217) : « Decernit insuper ut hujusmodi decretum in unaquaque parochia suum robur post triginta dies habere incipiat, a die primæ publicationis in eadem parochia factæ numerandos. »

2. Bened. XIV, *De synodo diœcesana*, l. IV, ch. vi, n° 9 : « Quæ quidem conditio (si fides habenda cardinali Pallavicino, in historia concilii lib. XXII, c. viii, num. 10, ut certe habenda est) ideo adjecta fuit, quia, absque illa, magnus heterodoxorum querimoniis campus apertus foret, eoque magis aucta fuisset eorum aversio a concilio, dum, illius decreti vigore, uxores suas pro concubinis haberi suosque liberos illegitimos declarari doloissent : siquidem nunquam futurum erat, idque Patres ignorare non poterant, ut novum decretum ab illis acciperetur. »

3. Les auteurs catholiques contemporains déclarent qu'il est presque impossible de fournir une liste exacte et complète des pays où le décret a été régulièrement publié. Feije, *De impedimentis*, n° 320, p. 203 : « Elenchus locorum, in quibus lex Tridentina aut neminem aut solos catholicos aut acatholicos etiam obligat ad amussim confici nequit. » Voyez cependant les relevés très soigneusement faits par Perrone, *De matr. christ.*, II, p. 265 et suiv. ; et par Feije lui-même, n°s 320 et suiv. — Sur la théorie de la publication du décret *de clandestinis*, voyez : Leinz, *Die Ehevorschrift des Concils von Trient ; Ausdehnung und heutige Geltung*, Freiburg, 1888. — R. von Salis, *Die Publikation des Tridentinischen Rechts der Eheschliessung*, Basel, 1888.

simplement devant un magistrat séculier était parfait et valable *jure canonico* ¹.

D'ailleurs, pour que le décret fût considéré comme entré en vigueur dans une paroisse, il n'était pas absolument nécessaire qu'il eût été publié dans la forme prescrite par le concile. On considérait comme équivalent et suffisant le fait que les prescriptions du concile sur la célébration du mariage y avaient été depuis longtemps communément et régulièrement observées ²; seulement, tous les canonistes ne s'accordaient pas quant au principe sur lequel il fallait faire reposer cette règle. Pour les uns, cette pratique constante rendait le décret applicable parce qu'il en résultait la présomption *juris et de jure* qu'il avait été publié dans la paroisse. Pour les autres, la longue observance représentait par elle-même un mode de promulgation du décret, équivalent à la publication ³.

Cet état de fait et de droit fait naître une question délicate. Supposons qu'une personne, domiciliée dans un pays où le décret a été publié ⁴, veuille contracter mariage dans une

1. Sanchez, III, 48, n° 1 : « Præmittendum est, in aliquibus christianorum provinciis decretum Tridentinum non fuisse promulgatum aut receptum, ut in quibusdam Galliæ partibus, et in Polonia : in quibus locis, si matrimonium contrahatur absque parcho et testibus ab illorum locorum incolis, dum in illis habitant, certum est esse validum. » Cf. *Conférences ecclésiastiques*, t. III, p. 204, 207. — Feije, *De impedimentis*, n°s 301, 310 et s.

2. Braun, *Die Verhandlungen des heiligen Stuhls über die Verbindlichkeit des Tridentinischen Eheschliessung Dekrets für die katholischen Ehen zu Frankfurt am Mein und Bornheim* (*Archiv für katholisches Kirchenrecht*, 1889, t. LXIII).

3. Voyez dans ce sens le *votum consultoris* dans l'affaire suivie devant la Congrégation du Concile et rapportée par M. Braun, *op. cit.*, p. 143 : « Promulgatio capitis Tridentini ex diuturna praxi et observantia non tantum præsumitur, idque præsumptione juris et de jure, verum etiam ipsa praxi et consuetudine promulgatio ipsius capitis fieri potest. » — Cf. Carrière, *De matrimonio*, Paris, 1837, t. II, n° 1181.

4. Suffit-il pour que la question se pose d'un simple *domicilium originis* dans un tel pays ? Les *Conférences de Paris* enseignent l'affirmative, t. III, p. 208 ; mais Sanchez, avec un sens juridique bien plus sûr, décide que non, le seul *domicilium habitationis* étant à considérer quant au mariage ; *De sacr. matr.*, l. III, disp. XVIII, n° 24.

région où il ne l'a pas été : devra-t-elle de toute nécessité contracter en présence d'un prêtre et de deux témoins satisfaisant aux prescriptions du concile de Trente, ou, au contraire, pourra-t-elle, *ratione loci*, contracter selon le droit ancien? Les *Conférences de Paris* donnent, d'après Estius, comme une règle certaine que la personne en question ne pourra valablement contracter mariage qu'en se conformant au concile; mais Sanchez, qui se rallie à l'opinion contraire, montre bien que la difficulté est sérieuse et qu'elle doit se résoudre par les principes qui dominent le conflit des lois en droit international privé.

Pour admettre que la prohibition édictée dans le décret suit les catholiques dans un pays où le décret n'a pas été dûment publié, il faut considérer cette règle comme comprise dans le statut personnel. Il y a un argument assez fort dans ce sens. Le concile, nous le savons, a annulé les mariages clandestins au moyen de l'*inhabilitatio personarum*, en créant une incapacité. Or, les règles de cette nature suivent partout où il va celui qui y est soumis : telle est la solution donnée par notre Code civil; telle était déjà, au xvi^e siècle, l'opinion commune des docteurs ¹.

La solution contraire se fonde sur ce que la règle qu'a établie le concile est en réalité une règle de forme; sans doute elle se formule par une incapacité; mais cela n'a été qu'un détour employé pour calmer des scrupules théologiques. Or, c'est encore l'un des axiomes du droit international que, pour la forme des actes, il faut suivre la loi du lieu où ils sont passés : *locus regit actum* ². Si, cependant, il y avait fraude à

1. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. III, disp. XVIII, n° 27 : « Confirmatur quia Tridentinum irritat clandestina redditque ipsas personas inhabiles ad ita contrahendum, sed inhabilitas afficiens personam, cum sit quid personale, comitatur personam quocumque euntem : ergo semel propter legitimam Tridentini publicationem redditus inhabilis ad clam contrahendum, nullibi terrarum poterit ita contrahere. »

2. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. III, disp. XVIII, n° 28. — Décision de la Congrégation du Concile dans Schulte et Richter, p. 290, n° 160.

la loi, si la personne dont il s'agit ne s'était transportée dans le nouveau lieu que pour se soustraire aux prescriptions du concile, le mariage eût été nul ¹.

D'après le principe qu'on adoptait sur cette difficulté, on résolvait dans un sens ou dans l'autre la question inverse, à savoir : les personnes domiciliées dans un pays où le décret n'obligeait pas, faute de publication, devaient-elles respecter ses prescriptions lorsqu'elles contractaient dans un pays où il avait été promulgué?

J'ai reproduit sur cette question la doctrine de Sanchez, qui est vraiment juridique. Les canonistes et la jurisprudence du temps présent professent une doctrine moins ferme et moins nette, hérissée de distinctions minutieuses ². Cependant il s'en dégage un point fixe, c'est que, lorsqu'une des parties contractantes, ou toutes deux, ont acquis un *quasi domicilium*, quant au mariage, par une résidence d'au moins six mois dans un pays où le concile n'a pas été publié, cela suffit pour assurer la validité du mariage contracté sans formes, alors même que ce *quasi domicilium* n'aurait été acquis que pour tourner les prescriptions du concile ³. On sent encore ici la faveur pour le mariage, qui domine et se dégage.

Pour les mariages contractés dans les pays infidèles par des catholiques domiciliés dans des pays où le décret a été publié, la question paraît être exactement la même; cependant, les auteurs la traitent séparément et parfois différemment. Une opinion assez ingénieuse soutient en effet qu'ici le con-

1. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. III, disp. XVIII, n° 29. [Voir M. Leitner, *Was heisst in fraudem legis tridentinæ handeln?* (*Arch. für kath. Kirchenrecht*, LXXI, 1894, p. 54 et s.); W. Arendt, *De conjugio clandestine inito in loco exempto a peregrinis qui in patria decreto tridentino subiciuntur*, 1900.]

2. Feije, *De impedimentis*, n° 336 et s.

3. Feije, *De impedimentis*, n° 338 : « Si domiciliati in loco ubi uterque decreto Tridentino ligantur, transeant ad locum ubi hoc prorsus non viget, ibique clandestine contrahant, si transierint matrimonii contrahendi causa, certum est matrimonium esse irritum, nisi alteruter ibi prius acquisiverit domicilium vel quasi domicilium. »

cile oblige, la promulgation dans la paroisse du lieu de la résidence ne pouvant être prise en considération puisqu'il n'y a pas de paroisses chez les infidèles ¹. La question a été plusieurs fois soulevée dans la discussion devant le concile de Trente ; mais on ne saurait dire qu'elle ait été résolue par lui, ou que la solution résulte des observations présentées ².

Dans les pays où le décret a été dûment publié, il cesse d'être obligatoire si, en fait, il est impossible de satisfaire à ses prescriptions. Il faut en effet, pour lui obéir, que l'on trouve un *parochus*, ce qui suppose le culte catholique au moins toléré par l'État et organisé en fait. Cependant, dans le cas d'une semblable impossibilité, physique ou morale, ce n'est pas, comme on pourrait le croire, l'application entière du décret qui est écartée et le droit antérieur qui rentre intégralement en vigueur. La Congrégation du Concile, qui a eu souvent à statuer sur ce point, a raisonné autrement. De ce que le décret est inapplicable quant à l'une de ses prescriptions, à savoir la présence du *parochus*, il ne s'ensuit pas qu'il soit abrogé quant à celles qui restent réalisables, à savoir la présence d'au moins deux témoins. Dans ce cas, le mariage n'est donc valable qu'à la condition d'avoir été célébré en présence de deux témoins ³, et l'on recommande (mais c'est

1. *Conférences de Paris*, t. III, p. 216.

2. *Lesinensis* (Theiner, II, p. 353; Ehses, IX, p. 712-3^e) : « Quod clandestinitas non est justa causa irritandi matrimonia. Aliqua enim matrimonia non possunt nisi clandestine contrahi, ut christianorum apud Turcos degentium, qui carent testibus dum contrahunt : non placet igitur quod irritentur. » — *Aquensis* (Theiner, II, p. 359; Ehses, IX, p. 723) : « In testibus non ponatur fide digni. Respondit iis qui dixerunt hoc non posse fieri apud infideles, quod hoc non est sacramentum necessitatis : poterunt igitur illi salvari absque hoc, quod suscipiant hoc sacramentum. » — *Sanctæ Severinæ* (Theiner, II, p. 428; Ehses, IX, p. 899) : « Quoad decretum de clandestinis placet quoad eos qui vivunt in partibus catholicorum : secus autem in aliis ubi non sunt sacerdotes, ibi enim loco parochi ponatur tabellio publicus. »

3. Schulte et Richter, p. 295, décis. 173 : « Hæc eadem sancta Congregatio alias resolvit matrimonia hæc esse valida, quamvis contracta sine

une simple recommandation) de prendre ceux-ci parmi les catholiques.

parochus, si in loco nec episcopus, nec parochus adsit, dummodo tamen duo aut tres testes fuerint adhibiti et sic servata fuerit, quantum potuit, forma concilii. » — *Confér. ecclés.*, III, p. 210; Feijé, *De impedim.*, n° 303 : « Duorum tamen testium præsentia pro valore matrimonii necessaria est; curandum autem, quantum fieri potest, ut adhibeantur testes catholici. » [La question fut posée à la Congrégation du Concile dès le xvii^e siècle, à propos de la Hollande, de la Zélande et de la Frise, d'où les ministres catholiques avaient été chassés. La Congrégation répondit que les mariages seraient valablement conclus devant deux témoins. Lorsque le Japon fut de nouveau ouvert aux missionnaires, on se demanda s'il fallait revalider les mariages conclus par les familles demeurées chrétiennes au temps des persécutions. La Congrégation de la Propagande répondit qu'à l'avenir les mariages pourraient dans ce cas être conclus devant deux témoins; pour les mariages déjà conclus, ils devaient être considérés comme valables, et il n'y avait pas lieu de les revalider. Urbain VIII approuva ces décisions (*S. C. de Prof. Fide*, 13 juin et 27 juin 1625). Les Congrégations romaines furent bientôt amenées à préciser dans quelles circonstances les contractants pouvaient user de cette faculté. Dans une réponse à l'évêque de Tricca, la Congrégation du Concile précisa que ces conditions se réalisaient, non seulement quand il n'y avait pas de *proprius parochus* qui fût institué, ou personne qui fût délégué par l'évêque ou le chapitre, mais encore quand ceux-ci étaient obligés de se cacher pour fuir la persécution, et qu'on ne pouvait sans péril aller les trouver (*S. C. Conc.*, 18 janv. 1683, 30 mai 1689). La Congrégation de la Propagande et le Saint-Office devaient à maintes reprises rappeler ce droit dans les pays de missions, dans lesquels le décret *Tametsi* avait été publié (*S. C. de Prop. Fide*, juillet 1670, 4 janv. 1798, 1^{er} mars 1784, *S. C. S. Off.*, 15 janv. 1784). Cette discipline devait trouver un champ d'application imprévu en France même, au temps de la Révolution. C'est ce que déclara Pie VI dans un bref adressé à l'évêque de Luçon (*Perlectæ*, 28 mai 1793). Au xix^e siècle, le Saint-Office et la Propagande en font plusieurs applications pour la Chine, le Tonkin, la Martinique, la Guadeloupe et le Canada (*S. C. S. Off.*, 6 juill. 1817, *S. C. de Prop. Fide*, 17 janv. 1824, 2 juill. 1827, 23 juin 1830, *S. Off.*, 17 nov. 1835). En même temps, ils élargissent les conditions d'application de cette discipline : un décret de la Propagande du 2 juillet 1827 admet qu'en dehors de toute persécution il suffit que les chrétiens n'aient pas un accès facile auprès du missionnaire. Il n'était donc plus indispensable qu'il y ait stricte impossibilité, ni péril encouru. Cette jurisprudence devait trouver sa dernière expression dans un décret du Saint-Office du

Dans les pays et pour les personnes auxquels incontestablement le décret s'applique en principe, ne peut-il pas se faire cependant que certains mariages échappent à son empire? La question s'est posée pour les mariages *in extremis*. Certains soutiennent qu'ils sont valables, contractés *solo consensu*. On se trouve en effet en dehors des motifs qui ont fait édicter la réglementation nouvelle. L'Église a toujours détesté les mariages clandestins, mais elle n'a jamais détesté les mariages *in extremis*, qui, au contraire, sont souvent fort désirables et seraient fréquemment rendus impossibles si on les soumettait à la loi du décret ¹. Enfin, dans ce cas, il n'y a pas à redouter d'ordinaire un second mariage, contracté plus tard au mépris et grâce à la clandestinité du premier. Quelques-uns, moins hardis, proposent de se contenter ici de la présence d'un *sacerdos* quelconque et de deux témoins, le *proprius parochus* devant être considéré comme ayant donné pour cette hypothèse une *licentia* indéterminée, applicable à tout prêtre présent. Mais l'opinion dominante maintient la nécessité d'observer les formes prescrites par le concile, y compris la présence du propre curé; le texte est formel en effet : *Qui aliter quam præsente paracho... omnino inhabiles reddit* ².

1^{er} juin 1863, qui inspirera directement le décret *Ne temere*. Il exige que l'accès au prêtre compétent soit difficile et périlleux, qu'on ignore quand on pourra le trouver, et qu'on prévienne qu'il sera absent pendant au moins un mois. La jurisprudence romaine se montrait donc moins rigoureuse que la doctrine, qui exigeait toujours une impossibilité commune qui fût le fait de tout un village ou de tout un groupe d'habitants. Quelle était la portée de ces décrets, rendus par manière de jurisprudence? Bien qu'ils n'aient pas le caractère de décrets généraux, il semble qu'ils formulaient déjà une règle générale, car, sauf la réponse de 1785 pour l'île de Curaçao, ils ne comportaient pas une dispense de la loi tridentine, mais une déclaration que cette loi n'obligeait pas quand on ne pouvait avoir la présence du prêtre compétent.] J. D.

1. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. III, disp. XVIII, n^{os} 2, 3 : « Quando contrahere volens et in articulo mortis, valdeque necessarium esset matrimonium, nec esset copia parochi. »

2. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. III, disp. XVIII, n^{os} 4, 5. — Au concile de Trente un orateur avait nettement dégagé cette conséquence du décret pro-

Enfin, les canonistes modernes admettent que le décret *Tametsi*, bien que régulièrement promulgué dans un pays, peut cesser d'y être en vigueur par l'effet d'une longue désuétude ¹.

Telle est, dans sa portée et ses détails, la réglementation du concile de Trente quant à la forme et à la preuve du mariage. Je n'en ai cependant pas fini avec elle, car il faut voir maintenant comment ce nouveau principe se concilia avec un certain nombre de règles anciennes du droit canonique, qu'elle ne visait pas directement, mais avec lesquelles elle devait inévitablement entrer au contact. Mais, auparavant, je voudrais indiquer comment cette réglementation fut postérieurement complétée par la législation de l'Église elle-même, et comment elle fut modifiée par la législation et la jurisprudence séculières de notre ancienne France, qui l'adoptèrent en substance.

IX

Sous le pontificat de Clément X (1670-1676) fut édictée une nouvelle précaution contre les bigamies possibles. Une instruction de la Congrégation du Saint-Office, confirmée par le pape, organisa et rendit obligatoire une procédure, antérieure au mariage, destinée à constater le *liber status* des contractants ². De cette instruction, qui contient des prescrip-

posé. *Cavensis commissarius* (Theiner, II, p. 346; Ehses, IX, p. 701) : « Item aliqui habentes concubinas in fine vitæ cum eis contrahunt; quod si matrimonia (clandestina) irritarentur, hoc bonum tolleretur. »

1. Feije, *De impedim.*, n° 302 : « Diuturna desuetudo seu inobservantia (a lege Trid. de clandestinitate liberat) ut liquet ex Pii VII brevi 8 octob. 1803 ad archiepiscopum Moguninum. Quum tamen dubium sit quodnam temporis spatium ad hoc requiratur et sufficiat, in casibus particularibus consulenda est sedes apostolica. »

2. L'instruction, qui est du 21 août 1670, avait d'ailleurs des précédents : Feije, *De impedimentis*, n° 254 : « Formam in hunc finem servandam præscripsit sedes apostolica per S. Officium inde ab initio sæculi XVII, præsertim vero a. 1658 et 1665, ac denuo sub Clemente X, die 21 aug. 1670, et

tions minutieuses quant à l'interrogatoire des témoins à entendre, il résulte que, dans aucun cas, il ne doit être procédé à la célébration d'un mariage avant que le *liber status* n'ait été constaté de cette manière devant la juridiction épiscopale, alors même qu'il s'agirait de deux personnes appartenant au diocèse où le mariage doit être célébré et que le prêtre saurait personnellement, de science certaine, que les deux contractants sont parfaitement libres ¹. Dans les décisions de la Congrégation du Concile on constate des applications de cette règle ².

Mais ici il s'est trouvé en fait qu'on avait exigé plus qu'il n'était possible d'obtenir. Cette procédure préalable était une gêne extrême pour la conclusion des mariages, et, par là, elle était en contradiction avec l'esprit constant du droit canonique. En, réalité l'instruction sur la preuve du *status liber* n'a pu passer dans la pratique. Ce n'est point qu'on doive la considérer comme abrogée par la désuétude. Elle a été formellement renouvelée par Léon XII ³, et cette procédure était visée dans les questions qui furent proposées à l'examen des évêques, avant le concile du Vatican, en 1867 ⁴. Mais on s'ingénie de tous côtés à en justifier l'inexécution partielle ou totale. Ainsi Bouix constate que, dans les pays où l'état civil

sub Leone XII, die 25 dec. 1727. » Le texte est reproduit dans Bouix, *Tractatus de judiciis ecclesiasticis*, 2^e éd., t. II, p. 459 et s.

1. Bouix, *op. cit.*, t. II, p. 459 : « Certa de jure communi habenda est regula generalis non posse licite ad matrimoniorum celebrationem procedi nisi prius in curia episcopali juridice probatus fuerit liber contrahere volentium status. Procedit autem regula hæc, etiamsi contracturi sint diocesani et parochus liberum eorum statum certo cognoscat. Decretum enim Clementis X non præscribit tantum ut habeatur certa scientia, sed ut sumatur probatio juridica. »

2. Décision du 9 septembre 1684, dans Schulte et Richter, p. 227, n° 38.

3. Bouix, *op. cit.*, t. II, p. 465 : « Nam relata Sancti Officii instructio iterum sub Leone XII (1823-1829) renovata et confirmata est : porro ab hujus pontificis tempore usque nunc non ea effluxit diuturnitas quæ requiritur ut consuetudo contra generalem Ecclesiæ legem prævaleat. »

4. Feije, *De impedimentis*, n° 258 ; cf. n° 15.

est organisé comme en France, et où le mariage religieux ne peut être célébré qu'après le mariage civil, le *liber status* est suffisamment établi par les précautions émanant de la législation séculière et qu'il n'y a pas de place pour l'instruction de Clément X ¹. Feije, il est vrai, repousse énergiquement cette opinion ²; mais il rapporte le sentiment commun d'après lequel il n'y a point lieu à cette procédure lorsque les deux parties appartiennent au diocèse dans lequel le mariage doit être célébré et ne s'en sont point absentes pendant un temps notable après leur puberté : la preuve du *liber status* résulte alors suffisamment de la publication des bans et de l'enquête personnelle à laquelle le curé a dû se livrer ³.

Une seconde retouche de la réglementation du concile de Trente, plus pratique que la première, mais portant sur un point restreint, émane de Benoît XIV. Elle vise les mariages secrets. Il s'agit là de mariages qui n'étaient point clandestins au sens du décret, parce qu'ils avaient été célébrés dans les formes prescrites par lui, mais qui étaient tenus cachés par les parties. Cela supposait d'abord que les dispenses des publications avaient été complètement obtenues, soit avant, soit après la célébration. Cela supposait aussi que les deux témoins, dont la présence était exigée outre celle du prêtre, étaient des amis sûrs, à la discrétion desquels on pouvait se fier. Cela supposait enfin la complaisante intervention du *parochus*, qui voulait bien se prêter à ce mystère. De tels mariages étaient dangereux, surtout au point de vue des enfants qui pouvaient en naître et dont la légitimité risquait

1. *Op. cit.*, p. 465 : « In ea ergo (Gallia) et similibus regionibus non videtur hodie stricte obligare dicta Sancti Officii instructio. »

2. *De impedim.*, n° 259.

3. *De impedim.*, n° 254 : « Quanquam strictus decretorum tenor omnia prorsus matrimonia comprehendit, nihilominus auctores, etiam illorum observantiam valde urgentes, insinuant, quoties diœcesani non vagi et qui, post adeptam pubertatem, non sunt notabili tempore in alia diœcesi commorati, matrimonium inire cupiunt, de libero eorum statu constare solere ex prævio diligenti examine et proclamationibus antenuptialibus. »

de ne point être établie; du vivant des deux conjoints, ils rendaient une bigamie facile de la part de l'un ou de l'autre¹.

Dans sa bulle de 1741, Benoît XIV rappelle d'abord les faits et les pratiques que je viens d'indiquer². Il exhorte ensuite les évêques à n'accorder que rarement la dispense totale des publications, et de la restreindre en principe au cas où deux personnes, quoique simplement concubins, vivent déjà publiquement comme mari et femme et veulent contracter mariage. Les évêques ne pourront d'ailleurs accorder

1. [Dans ses annotations à la cause *in dubio matrimoniorum* du 9 septembre 1724, Prospero Lambertini, le futur Benoît XIV, alors secrétaire de la Congrégation du Concile, indique les procédés dont on usait pour conclure un mariage secret. Le premier procédé consistait à obtenir de l'évêque la dispense des bans, et la faculté de contracter devant un prêtre autre que le *proprius parochus*, par l'intermédiaire de procureurs, qui taisaient le nom des parties. Le second procédé résidait dans l'obtention de lettres de la Pénitencerie qui, pour éviter un scandale, permettaient de contracter sans publication de bans, devant le *proprius parochus* et deux témoins qui devaient garder le secret. Il servait à régulariser les unions de concubins que l'on tenait pour légitimement mariés. Dans une première période, le rescrit de la Pénitencerie portait la clause *laniatis* ou *laceratis*, si bien qu'il ne restait plus aucun moyen de preuve. Un dernier procédé avait été imaginé, dont Benoît XIV s'est inspiré directement : les parties obtenaient de l'ordinaire la dispense des bans, et l'autorisation de contracter en secret devant le curé ou un prêtre délégué, et deux témoins, qui s'obligeaient à garder le secret. Le mariage était ensuite transcrit sur les registres ordinaires, mais la permission de l'évêque était nécessaire pour qu'on pût les compulser. Ou encore, l'acte de mariage était seulement transmis à la curie épiscopale, où il était conservé dans les archives secrètes. De Bernardis, *Il matrimonio di coscienza*, Padoue, 1935.] J. D.

2. Schulte et Richter, p. 547, § 1 : « In more enim positum est illa celebrari nullis præviis factis denunciationibus, coram solo parochi vel alio sacerdote de ejus licentia, adhibita præsentia tantum duorum testium apposite a contrahentibus advocatorum, quorum fides nemini illorum est suspecta, remque peragi sæpe extra ecclesiam, quandoque etiam intra illam, januis tamen oclulis, vel eo temporis momento, quo semota alterius cujusvis præsentia, scientia initi matrimonii præter parochi, contrahentium testiumque personas alios penitus effugiat. »

cette dispense et la permission de contracter un mariage secret qu'après une soigneuse enquête, qui devra spécialement établir que les contractants ne sont point *filiifamilias* et qu'ils sont libres de tout autre lien ¹.

Le mariage dispensé de toute publication et destiné à rester secret ne devra être célébré en principe que par le *proprius parochus* de l'un des contractants; l'évêque cependant, *gravi impellente causa*, pourra déléguer un autre prêtre ². Le prêtre qui aura célébré le mariage devra transmettre aussitôt à l'évêque l'indication du jour, du lieu, des noms des contractants et des témoins; et ces mentions devront être portées par les soins de l'évêque sur un registre spécial, gardé à la chancellerie épiscopale, fermé et scellé. Ce registre ne devra être ouvert que pour y inscrire de tels mariages, ou pour en extraire la preuve de ces unions, lorsque l'administration de la justice (ecclésiastique) l'exigera, ou que des personnes vraiment intéressées demanderont à y puiser un document qu'aucune autre preuve ne pourrait suppléer ³.

S'il naît des enfants d'un mariage ainsi constaté, les parents devront dénoncer leur naissance à l'évêque, par eux-mêmes ou par des personnes dignes de foi; et l'évêque fera inscrire ces naissances sur un registre tenu dans les mêmes formes que celui sur lequel sont consignés les mariages secrets ⁴. Les contrevenants seront punis, et si l'évêque apprend qu'il est né du mariage secret un enfant dont la naissance ne lui a

1. Schulte et Richter, p. 548, § 7.

2. *Ibid.*, § 8.

3. *Ibid.*, § 10 : « Eo tantum casu resignari et aperiri vestra accedente licentia patiemini, quo alia id genus matrimonia describi oporteat, vel id sibi vindicet justitiæ administrandæ necessitas, vel demum aliquod documentum ab eo exposcant verum interesse habentes, quibus probationum aliunde petendarum non suppetit copia ».

4. *Ibid.*, § 11 : « Et quia ad operiendum clam initum matrimonium facile est in libro baptizatorum nullam fieri mentionem parentum et eorum nomina consulto reticeri... Quæ sane omnia, cum vobis notuerint, ne illorum excidat memoria, in libro fideliter describentur ab eo cui facta a vobis est potestas adnotandi matrimonia occulte celebrata. »

pas été notifiée dans les trente jours, immédiatement il publiera ce mariage¹. Enfin, le pape décide que le curé qui mariera secrètement deux époux devra les avertir soigneusement de leur devoir quant à la déclaration des naissances, sinon le mariage sera encore rendu public². Les registres créés par la présente *bulle* auront la même force probante que les registres ordinaires des mariages et des baptêmes³.

Cette bulle du pape Benoît XIV est en réalité très intéressante au point de vue de l'évolution du mariage canonique. Destinée en apparence à consolider, à renforcer la réglementation du concile de Trente, en réalité elle régularisait, en la circonscrivant, une fissure que la pratique y avait pratiquée. Il n'est point douteux que les Pères du concile avaient l'intention de supprimer absolument la clandestinité des mariages et de soumettre ceux-ci à la loi égale de publicité; en édictant le décret *de clandestinis*, ils ne soupçonnaient pas qu'on pourrait en combiner l'application de manière à tenir le mariage absolument secret, tout en se conformant au texte. Mais le vieil esprit, qui poussait si ardemment au mariage, n'était point mort; pour des cas où les parties redoutaient le jour et la lumière, il produisit cette pratique des mariages secrets, et cependant non clandestins, que je viens de décrire. La tendance était si puissante que la législation ecclésiastique, au lieu de supprimer et de condamner cet abus, le consacra définitivement, en l'entourant, il est vrai, de précautions, ingénieusement combinées, mais en le légitimant par là-même⁴.

1. *Ibid.*, § 12.

2. *Ibid.*, § 13.

3. *Ibid.*, § 14 : « Volumus denique ac mandamus fides seu attestatio: matrimonij clam initi et sobolis ex eo procreatæ, excerptas ex dictis libri: modo quo dictum est, apud vos caute custodiendis, tantam promereri fidem quantam sibi alii libri parochiales baptismatis et matrimonii vindicare consueverant. »

4. Le nouveau Code civil espagnol, dont j'ai signalé plus haut l'esprit, a reconnu valables ces mariages secrets et de conscience; il leur fait mêm

X

Les règles introduites par le concile de Trente, quant à la célébration et à la preuve du mariage, passèrent en substance dans notre ancien droit français. Elles ne furent point admises cependant dans leur forme originale et intacte, car le concile de Trente n'avait pas été accepté dans l'ancienne France; elles se firent recevoir par équivalent, incorporées dans des ordonnances. Ces ordonnances d'ailleurs ne se contentèrent point de les reproduire; elles les modifièrent et les complétèrent assez heureusement; et, comme cette réglementation est un état intermédiaire entre le droit canonique et notre droit civil actuel, auquel elle a fait place, il est bon de lui consacrer quelque attention.

Le premier texte, qui introduisit chez nous l'obligation des publications de mariage¹ et la célébration publique du mariage, est l'ordonnance de Blois de 1579, articles 40 et 44. Elle renchérisait sur les prescriptions du concile, en exigeant quatre témoins pour la célébration². L'article 44 défendait

produire les effets civils à la condition qu'ils soient postérieurement inscrits sur les registres de l'état civil. Il organise un registre civil spécial et secret sur lequel ils peuvent rester inscrits pendant un temps indéterminé, avant d'être portés sur les registres ordinaires et publics. Art. 79 : « El matrimonio secreto de consciencia, celebrado ante la Iglesia, no esta sujeto à ninguna formalidad en orden civil, ni producira efectos civiles sino desde que se publique mediante su inscripcion en el registro. — Este matrimonio producira, sin embargo, efectos civiles desde su celebracion, si ambos congrayentes, de comun acuerdo, solicitan de obispo, que lo aya autorizado, un traslado de la partida consignada en el registro secreto del obispado, y la remiten directamente y con la conveniente reserva à la direccion general del registro civil, solicitando su inscripcion. Al efecto la direccion general levara un registro especial y secreto con las precauciones necesarias para que no se conozca el contenido de estas inscripciones hasta que los interesados soliciten darlas publicidad trasladandolas al registro municipal de su domicilio. »

1. Ci-dessus, t. II, p. 199.

2. Article 40 : « Seront épousés publiquement, et, pour témoigner de la

aussi expressément aux notaires de passer ou recevoir aucune promesse de mariage par paroles de présent; cela impliquait que le mariage ne pouvait valablement être contracté que *in facie Ecclesiæ*, ce qui ressortait aussi de l'article 181 qui réglementait, comme je le dirai bientôt, la tenue du registre des mariages par les curés et vicaires. Mais l'ordonnance ne déterminait pas le curé compétent pour procéder à la célébration; on pouvait seulement, pour exiger la présence du propre curé, argumenter du renvoi aux conciles, contenu dans l'article 40.

Un édit d'Henri IV, du mois de décembre 1606, ne fit guère que répéter l'ordonnance de Blois¹. L'ordonnance de 1629 (art. 39), confirmée par une autre de 1639 (art. 1), imposa formellement la présence du propre curé; elle reconnaissait le droit de délégation au profit de celui-ci et de l'évêque, dans les termes du concile de Trente². Enfin, un édit de 1697 vint mettre la dernière main à cette réglementation: il détermina d'une façon précise par quel laps de temps le domicile s'acquerrait quant au mariage, et fixa ce

forme qui aura été observée esdits mariages, y assisteront quatre personnes dignes de foy pour le moins, dont sera fait registre, le tout sur les peines portées par les conciles. »

1. Article 12: « Nous voulons que les causes concernant les mariages soient et appartiennent à la connaissance et juridiction des juges d'Église, à la charge qu'ils seront tenus de garder les ordonnances, même celle de Blois en l'article 40, et suivant icelles déclarer les mariages qui n'auront été faits et célébrés en l'Église, et avec la forme et solennité requise par ledit article, nuls et non valablement contractés, comme cette peine indit par les conciles. »

2. Ord. 1629, article 39: « L'ordonnance de Blois touchant les mariages clandestins sera exactement observée; et, y ajoutant, voulons que tous mariages contractez contre la teneur de ladite ordonnance soient declarez non valablement contractez, faisant defense à tous curez et autres prêtres séculiers ou réguliers, sur peine d'amende arbitraire, célébrer aucun mariage de personnes qui ne seront de leurs paroissiens, sans la permission de leur curé ou de l'évêque diocésain, nonobstant tous privilèges à ce contraires. Et seront tenus les juges ecclésiastiques juger les causes desdits mariages conformément à cet article. »

temps à six mois ou à un an, suivant que la personne portait sa résidence seulement hors de sa paroisse, ou qu'elle sortait aussi en même temps de son diocèse ¹. Le concile de Trente, nous le savons, n'avait aucunement fixé ce point, et ce sont les canonistes seuls qui sont arrivés, par l'interprétation, à une règle semblable.

Quant à la preuve du mariage, la jurisprudence française fut vraiment originale et créatrice. Dès avant la convocation du concile de Trente, on avait senti dans notre pays l'inconvénient grave qu'il y avait à laisser aux hasards de la preuve testimoniale les faits capitaux qui se rattachent à l'état des personnes. L'ordonnance de Villers-Cotterets en 1536 (art. 50-56) avait prescrit aux curés de tenir registre des décès et des baptêmes ². Mais s'il y a là, comme on le dit ordinairement, l'origine première de nos registres de l'état civil, l'institution avait une portée et un but bien restreints. En effet, en cherchant à assurer la preuve des décès et des naissances, on ne songeait qu'aux bénéficiers; on voulait, pour éviter les fraudes dans les collations, déterminer d'une manière certaine à quel moment les bénéfices devenaient vacants par décès ³, et l'âge de ceux

1. « Défendons à tous curés et prêtres, tant séculiers que réguliers, de conjoindre en mariage autres personnes que ceux qui sont leurs vrais et ordinaires paroissiens, demeurant actuellement et publiquement dans leurs paroisses au moins depuis six mois à l'égard de ceux qui demeuroient auparavant dans une autre paroisse de la même ville, ou dans le même diocèse, et depuis un an pour ceux qui demeuroient dans un autre diocèse; si ce n'est qu'ils en aient une permission spéciale et par écrit du curé des parties qui contractent ou de l'archevêque ou évêque diocésain. » — La législation qui exigeait une célébration solennelle du mariage eut quelque peine à se faire recevoir en France; voyez sur ce point, P. Viollet, *Histoire du droit français*, p. 426.

2. [Sur l'origine de ces registres, voyez P. Viollet, *Histoire du droit civil français*, p. 459 et s.]

3. M. Friedberg, dans son savant ouvrage, déjà plusieurs fois cité, a commis ici une méprise assez curieuse. Il entend le mot *benefice* dans le sens de *fief*, et c'est aux relations féodales et aux droits de relief que le législateur aurait songé; voyez *Das Recht der Eheschliessung in seiner geschichtlichen Entwicklung*, p. 523 : « Schon die Ordonnanz v. Villers Cotterets v. J. 1539,

qui y prétendaient. Cela explique pourquoi l'ordonnance de Villers-Cotterets ne se préoccupait pas d'assurer la preuve par registre des mariages. Mais ce qu'il faut remarquer, c'est que l'on reconnut nettement à ces registres la force et la valeur d'écrits authentiques¹.

L'ordonnance de Blois de 1579 (art. 40 et 181) prescrivait la tenue par les curés de registres des baptêmes, enterrements et mariages, et cela dans le but, disait le texte, d'éviter en général, pour ces faits, l'emploi de la preuve testimoniale². La preuve du mariage était cette fois assurée; mais si ce nouveau mode était ainsi organisé, l'emploi de la preuve testimoniale n'était point exclu; il restait possible, comme il avait continué à être admis pour les naissances et décès après l'ordonnance de Villers-Cotterets³. Sur ce dernier point, une

beschäftigte sich mit dem Civilstande, freilich ohne irgendwie ein Princip zur Geltung bringen zu wollen : allein zur Abhülfe dringenden Notgstandes. Häufig nämlich wurde der Tod von Vasallen verheimlicht, und dann Seitens der Hinterbliebenen ungestörte Schritte gethan, die Succession der Verstorbenen au sich zu bringen. Deswegen setzte Art. 50 fest dass über die Todesfälle von Lehnleuten durch die Geistlichen Register geführt werden sollen. »

— L'article 50 de l'ordonnance de Villers-Cotterets est ainsi conçu : « Que des sépultures des personnes tenans bénéfices sera fait registre en forme de preuve par les chapitres, collèges, monastères et curez, qui fera foy et pour la preuve du temps de la mort, duquel sera fait expresse mention esdits registres pour servir au jugement des procès, où il seroit question de prouver ledit temps de la mort, à tout le moins quant à la recreance ». Cf. art. 54 : « Et afin que la vérité du temps dudit décès puisse encore plus clairement apparoir, voulons et ordonnons que incontinent après le décès *desdits beneficiez* soit publié ledit décès. »

1. *Commentarii Johannis Constantini in jure licentiati curiæque parlamenti Burdigalensis advocati in leges regias seu ordinationes de litibus brevi decidendis recenter editas*, f. 93 v^o : « Ista registra sunt authentica et faciunt plenam fidem... Et nota quod registra sic facta faciunt fidem et probant, eo quod auctoritatem impartitur princeps talia faciendi. »

2. Art. 181 : « Pour éviter les preuves par témoins que l'on est souvent contraint faire en justice, touchant les naissances, mariages, morts et enterrements des personnes. »

3. Constantin, *op. cit.*, f. 92 v^o : « Multum serviunt ad probandam ætatem... admittuntur tamen parentes ad illam probandam, non tamen faciunt

nouvelle et importante transformation devait se produire. Elle eut pour point de départ, non la législation, mais la jurisprudence.

La jurisprudence, dès la seconde moitié du xvi^e siècle, chercha à restreindre étroitement l'emploi de la preuve testimoniale en matière de mariage. Elle s'appuya sur le célèbre article 54 de l'ordonnance de Moulins, qui défendait de recevoir preuve par témoins des conventions excédant la valeur de 100 livres. Sans doute cela ne visait pas le mariage lui-même; mais, dans la France coutumière, tout mariage valable entraînait en principe, à défaut de conventions matrimoniales particulières, la communauté de biens entre les époux, laquelle était fondée d'après les juriconsultes sur un contrat tacite. Permettre de prouver le mariage par témoins, n'était-ce pas admettre par voie de conséquence la preuve testimoniale pour un contrat dont l'objet ordinairement dépassait la valeur de 100 livres¹? On commença par une distinction assez naturelle, mais bien difficile à appliquer : on recevait la preuve par témoins pour établir l'existence du lien matrimonial; on l'écartait au contraire s'il s'agissait d'établir les conventions matrimoniales quant aux biens². Mais les difficultés quant à la

plenam neque semiplenam fidem, sed quamdam præsumptionem et instructionem faciunt judici. »

1. Févret, *Traité de l'abus*, l. V, c. 1, n° 19 : « Ils ont fait voir que la conséquence de cette preuve étoit très grande, et qu'il seroit très périlleux de remettre l'acte le plus important de la vie au dire de quelques témoins qui pourroient être gagnés ou corrompus. Secondement... toutes ou la plupart des coutumes de France portent que les mariés, sans aucune stipulation ni contrat, sont uns et communs en biens meubles et acquêts, dès aussitôt qu'ils ont reçu la bénédiction nuptiale, de sorte qu'admettant la preuve du mariage par témoins, c'étoit en même temps admettre en preuve une communauté de biens entre les mariés, et, par conséquent, contrevenir à l'article 54 de l'ordonnance de Moulins, qui défend la preuve par témoins des choses qui excèdent 100 livres. »

2. Févret, *Traité de l'abus*, l. V, c. 1, n° 19 : « En ce conflit d'opinions, on s'étoit arrêté à une voie moyenne qui étoit d'admettre en preuve par témoins les nues et simples promesses de s'épouser, et quant aux conventions de

communauté légale n'en subsistaient pas moins. Aussi Févret nous apprend-il qu'à la fin du xvi^e siècle on usait d'une autre distinction. On admettait au bénéfice de la preuve testimoniale les mariages et les promesses de mariage, mais ceux-là seulement qui avaient été contractés avec une large et solennelle publicité, *amicis et propinquis intervenientibus*.

Cette jurisprudence conduisit à une loi ferme, qui fut d'abord l'article 40 de la grande ordonnance de 1629 : il n'admettait en principe que la preuve écrite du mariage, si ce n'est lorsqu'il s'agissait de paysans et de gens du bas peuple ; et encore, pour ceux-ci, la preuve ne pouvait être faite que par le témoignage de six parents des plus proches ¹.

Enfin, l'ordonnance sur la procédure de 1667 (tit. XX) supprima cette dernière tolérance en décidant (art. 1) : « Les preuves de l'âge, du mariage et du temps du décès seront reçues par des registres en bonne forme, qui feront foi et preuve en justice ». C'était le principe qui domine nos actes de l'état civil : la preuve ne peut être faite, sauf de très rares exceptions, que par les mentions des registres ².

Notre ancien droit, qui certainement avait perfectionné le système canonique tout en s'y rattachant, avait statué, avant la bulle de Benoît XIV, sur les mariages tenus secrets, ou mariages de conscience, et les avait déclarés nuls et dépourvus d'effets civils : c'est ce que portait l'ordonnance de 1639 (art. 5) ³. Lorsque la législation ecclésiastique eut statué en

mariage on n'y recevoit que l'écrit : *probationem per testes admittendo in eo quod spectat ad fœdus, non autem quoad conventiones et pacta nuptialia*. »

1. Art. 40 : « Nous défendons à tous juges, mêmes à ceux de cour d'Église, de recevoir à l'avenir aucune preuve par témoins et autres que par écrit en fait de mariage, fors et réservé entre personnes de village, basse et vile condition ; à la charge néanmoins que la preuve n'en puisse être admise que des plus proches parents de l'une et de l'autre des parties, et au nombre de six pour le moins. »

2. Pour la législation postérieure à l'ordonnance de 1667, et qui n'a apporté que des retouches de détail, voyez Le Ridant, *Code matrimonial*, p. 67 et s. — *Conférences de Paris*, t. III, p. 50 et s.

3. « Désirant pourvoir à l'abus qui commence à s'introduire dans notre

sens contraire, l'ancien droit français n'en maintint pas moins sa première et très juste décision. Il traitait de même les mariages *in extremis* et ceux contractés par des condamnés à mort¹.

royaume par ceux qui tiennent leurs mariages secrets et cachez pendant leur vie, contre le respect qui est dû à un si grand sacrement, nous ordonnons que les majeurs contractent leurs mariages publiquement et en face de l'Église, avec les solennités prescrites par l'ordonnance de Blois, et déclarons les enfants qui naîtront de ces mariages, que les parties ont tenus jusqu'ici ou tiendront à l'avenir cachez pendant leur vie, qui ressentent plutôt la honte d'un concubinage que la dignité d'un mariage, incapables de toutes successions, aussi bien que leur postérité. »

1. Ord. de 1639, art. 6 : « Nous voulons que la même peine ait lieu contre les enfants qui seront nés de femmes que les pères ont entretenues et qu'ils épousent lorsqu'ils sont à l'extrémité de la vie; comme aussi contre les enfants procréés par ceux qui se marient après avoir été condamnés à mort, même par les sentences de nos juges rendues par défaut, si avant leur décès ils n'ont été remis au premier état. » — Cf. Édit de 1697 (Le Ridant, *Code matrimonial*, t. I, p. 105).

CHAPITRE IV

Les répercussions du décret « de clandestinis » dans la théorie du mariage.

I. La disparition des *matrimonia præsumpta*. — II. Les mariages entre absents. — III. Le mariage conditionnel. — IV. Le *dissensus*. — V. La ratification des mariages nuls. — VI. Les effets possibles des mariages clandestins. — VII. Les mariages mixtes.

Lorsqu'on introduit par voie de réforme législative un principe nouveau et important dans un système juridique déjà ancien et complètement développé, il ne tarde pas à dépasser l'application spéciale et restreinte qu'en avait faite le législateur. Par la force immanente aux principes, il tend, une fois introduit sur un point, à produire toutes ses conséquences naturelles; et, sous son influence, on remet peu à peu en question un certain nombre de solutions qui semblaient définitivement acquises, mais qui se trouvent difficilement conciliables avec lui. En même temps, par voie d'interprétation, il produit un certain nombre de règles nouvelles. Ces transformations, cette lutte entre les éléments divers successivement introduits dans un même système juridique, ne sont point arbitraires ni fortuites : un vrai jurisconsulte pourrait déterminer à l'avance toutes les répercussions que le nouveau principe produira dans l'ancien milieu, et c'est pour cela que le droit, même purement dogmatique, est une véritable science; mais, d'ordinaire, c'est la pratique, ingénieuse à satis-

faire les intérêts privés, qui met au jour une à une toutes ces conséquences ¹.

Un semblable phénomène se produisit quant au principe proclamé par le concile de Trente, et qui faisait du mariage un contrat solennel, tous les mariages étant annulés qui n'auraient pas été contractés en présence du propre curé et de deux témoins. C'est ce phénomène que je me propose maintenant d'étudier ².

I

Le droit canonique antérieur admettait une façon singulière de contracter mariage. Si la *copula carnalis* intervenait entre deux personnes unies par des *sponsalia per verba de futuro*, immédiatement et inévitablement le mariage se formait entre elles. Le droit canonique admettait, par une présomption irréfutable, qu'elles avaient eu à ce moment la volonté de contracter mariage, et le mariage, étant un contrat formé par le simple consentement, avait par là même pris naissance. Le concile de Trente n'avait pas, ouvertement, explicitement annulé ces mariages ³; pouvaient-ils encore être admis?

1. [Sur l'évolution générale du Droit du mariage, Ch. Lefèvre, *Cours de doctorat sur l'histoire du Droit matrimonial français, Le lien du mariage*, Paris, 1913-1923.]

2. [Sur la clandestinité, Bassibey, *De la clandestinité dans le mariage*, 1904; Oesterle, *Klandestine Ehen nach altem Rechte*, Theol. Quart. Sch., 1923.]

3. Voyez cependant : *Civitat. Castelli* (Theiner, II, p. 332; Ehses, IX, p. 728) : « Allegavit aliquos casus, quibus expediens est ut clandestina contrahantur... 2° quando præcedit promissio, et sequitur copula... Asseruit hoc decretum esse malum propter multa... 2° quia ex hac lege datur facultas decipiendi proximum, dum aliquis promittit ducere uxorem aliquam, cum qua consummat matrimonium clandestinum, et postea non servat promissa, dicens se non teneri ex hoc decreto. Cf. *Civitatensis* (Theiner, II, p. 328; Ehses, IX, p. 668); *Brugnatensis* (Theiner, II, p. 350; Ehses, IX, p. 708).

Si les *sponsalia per verba de futuro* avaient été clandestines, la question ne pouvait guère se poser; l'inexistence du mariage était incontestable. Mais il se pouvait que les fiançailles eussent été contractées dans la forme même que le concile prescrivait pour le mariage, c'est-à-dire en présence du propre curé et de deux témoins. Sans doute, le concile n'avait pas adopté, dans le projet définitif, la disposition qui figurait dans les projets antérieurs et d'après laquelle la validité même des fiançailles était subordonnée à l'observation de ces formes ¹; mais il n'avait point défendu de s'y conformer. En supposant que les fiançailles avaient été ainsi contractées, la *copula carnalis* intervenant ensuite entre les fiancés ne conservait-elle pas son ancien effet? On pouvait le soutenir: l'ancienne règle n'avait pas été formellement abrogée, et satisfaction, semblait-il, était donnée à la loi nouvelle. Et, en effet, cette opinion fut soutenue, mais elle ne pouvait pas prévaloir ². Dans l'hypothèse, quoi qu'il en fût des fiançailles, le mariage n'en était pas moins entaché de la pire clandestinité. D'autre part, en suivant les raisonnements classiques des canonistes sur ces mariages, on arrivait directement à la nullité. En effet, c'étaient des mariages *présumés*, *præsumtiva*; on présumait que les parties, au moment de la *copula*, avaient eu et manifesté l'intention de contracter mariage; en maintenant cette présomption, et c'est tout ce qu'on pouvait faire, elle était dorénavant inopérante, le consentement ne s'étant pas produit dans la forme prescrite par le concile. Enfin, ces unions avaient suscité des difficultés de preuve qu'il était indispensable d'écarter, et elles avaient spécialement excité les sarcasmes

1. Ci-dessus, t. II, p. 191.

2. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. III, disp. 40, n° 6 : « Quando sponsalia coram paracho et testibus celebrata sunt, an per copulam occultam transeant in matrimonium? Affirmat, quamvis subobscurè Palacios 4, disp. XXVIII, fol. 629, col. 8, vers. At vero. Sed contrarium est certum, quia nec parachus nec testes testificari possunt nisi de solis sponsalibus iisque tantum intersunt, cum copula per quam transitura erant in matrimonium ipsis absentibus habeatur. Sic tenet Petr. de Led : *De matr.*, qu. 46, art. 2, dub. 1. »

des auteurs protestants. Très vite, la Congrégation du Concile donna cette interprétation ¹. Cependant, telle est la force de la tradition chez les canonistes que certains docteurs ont cherché à trouver encore une application à l'ancienne règle, non explicitement abrogée, en la mettant en harmonie avec les exigences nouvelles du concile de Trente. Mais ils n'ont

1. Schulte et Richter, p. 226, n° 32 : « S. C. decrevit sponsalia de futuro per copulam carnalem subsecutam minime hodie transire in matrimonium, 15 jull. 1593. » [Une décision de la Congrégation du Concile adressée en 1594 à l'évêque Caserte donne la même solution. Mais le *matrimonium præsumptum* subsistait dans les pays non tridentins. C'est ce qu'affirment Estius, Silvius, Pirhing et Schmalzgrueber. Mais cette institution est rejetée hors du droit commun de l'Église et n'intéresse plus les canonistes, qui se contentent de reproduire ce qu'en disaient leurs prédécesseurs. Engel, Layman, Fagnani en parlent au passé. Bernardi l'étudie plus longuement, dans l'esprit des canonistes classiques. Le *matrimonium præsumptum* trouve pourtant un apologiste en la personne de Barbosa, qui voudrait étendre la valeur de cette présomption même au for interne, au cas où les *sponsi* se sont connus *animo fornicario*. Il supprimait ainsi les conflits entre les deux fors, à une époque où cette institution n'était plus comprise et où les fiançailles avaient perdu le caractère d'un véritable consentement matrimonial de futur. Au xix^e siècle, les vicaires apostoliques de Cochinchine et de Chine déclarent que le *matrimonium præsumptum* est devenu complètement inintelligible à une conscience chrétienne, et qu'il n'arrive jamais que les fiancés se connaissent charnellement *affectu maritali*. La Congrégation de la Propagande, dans ses réponses du 11 février 1804 et du 17 janvier 1821, maintient pourtant les règles classiques. Le juge d'Église doit tenir un tel mariage pour valide au for externe, même si la *copula* a été conclue *animo fornicario*; au for interne le confesseur doit enjoindre, si les fiancés n'ont pas eu l'intention de se connaître *affectu maritali*, et si dans la suite l'un d'eux a conclu une seconde union *affectu maritali*, de demeurer dans cette seconde union, et de supporter, s'il le faut, la peine d'excommunication. Le *matrimonium præsumptum* a été seulement abrogé par le décret *Consensus mutuus* rendu après avis du Saint-Office le 15 février 1892. Sur le *matrimonium præsumptum* en droit classique : Dauvillier, *Le mariage dans le Droit classique de l'Eglise*, p. 33 et s., p. 55 et s.; Pommeray, *L'officialité archidiaconale de Paris aux xv^e-xvi^e siècles*, Paris, 1933, p. 332 et s. Une étude générale du *matrimonium præsumptum* jusqu'à sa disparition a été faite par C. Alexandrovicz, *Malzenstwa domniemane w prawie kano-nicznem*, Cracovie, 1934.] J. D.

réussi qu'à construire des hypothèses incroyables et de pure fantaisie ¹.

Ce point ne pouvait guère faire de doute, mais d'autres au contraire étaient fort délicats. Il s'agissait encore de règles qui se justifiaient antérieurement par cette idée que le mariage avait été construit sur le type des contrats consensuels : comment les maintenir depuis qu'il était devenu un contrat solennel?

II

L'Église avait admis que le mariage pouvait se contracter *per procuratorem* : elle avait seulement exigé en définitive que le mandat fût spécial et qu'il n'eût pas été révoqué ². Cela était d'ailleurs très logique ; car, dans un contrat consensuel,

1. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. III, disp. XL, n° 7 : « Quando vero tam sponsalia de futuro quam copula sunt coram eodem paracho et testibus, dicendum est jus antiquum manere illæsum atque ita transire in matrimonium... adeo ut, probata copula et sponsalibus, præsumeret Ecclesia matrimonium cogeretque ad illud, sicut ante Tridentinum cogebat, quia mutus consensus de præsentî, sufficienti signo externo, manifestatus coram paracho et testibus constituit matrimonium ; sed illa copula post sponsalia est sufficiens signum externum consensus de præsentî, ut constat ex. c. *Is qui*, X, *De spons.*, alia male Ecclesia ex ea præsumeret matrimonium ad illudque compelleret : ergo, cum habeatur coram paracho et testibus, constituet hodie matrimonium. Ita refert Petr. de Led. dicto dub. 2 tenuisse quemdam virum doctum, et idem dicendum est de quibuscunque aliis signis, per quæ olim sponsalia transibant in matrimonium. Ut si hodie solennis traductio ad domum, quæ antiquitus erat sufficiens ad explicandum consensum de præsentî, fieret coram esdem paracho et testibus coram quibus inita erant sponsalia... Sic docet Enr. lib. XI, *De matr.*, c. III, n° 7, dicens idem tenuisse Cov., Baldum, et alios theologos consultos. Idem Spino., *Specul. test.*, glos. 15, n° 65-66. Dixi quando illa solennis traductio antiquitus erat sufficiens ad matrimonium, quia quando talis esse magna est difficultas. »

2. C. IX, VI, *De proc.*, I, 19 ; ci-dessus, t. I, p. 189. [Voir J. Bancarel, *Le mariage entre absents en droit canonique*, thèse droit Toulouse, 1920 ; et, sur la pratique du mariage par procureur dans l'ancienne France, E. Blum, *Le mariage par procuration dans l'ancien droit* (Nouv. Revue hist. de droit, 1917, p. 398 et s.).]

peu importe par quel moyen est échangé le consentement des parties.

Pour décider que cette règle avait été implicitement abrogée par le Concile de Trente, les bonnes raisons ne manquaient pas. Dorénavant, en effet, le *nudus consensus* ne suffisait plus pour faire le mariage; il fallait le consentement donné en présence du *parochus* et des témoins; et cette formalité substantielle paraissait bien exiger la présence des deux époux. Le concile avait voulu que le prêtre et les témoins pussent constater *propriis sensibus* l'identité des conjoints et leur volonté exprimée de se prendre pour mari et pour femme : cela n'impliquait-il pas la présence réelle des époux ¹ ?

Cependant la solution contraire l'emporta sans difficulté. Ici encore le vieil esprit eut le dessus; on maintint au mariage, dans la mesure du possible, ses anciennes facilités. La principale raison que l'on donna, pour admettre comme par le passé les mariages par procureurs, c'est qu'ils n'ont point du tout les mêmes inconvénients que les mariages clandestins condamnés par le concile. Ce que celui-ci a voulu, c'est que le mariage soit directement porté à la connaissance de l'Église, *ut notum sit Ecclesiæ matrimonium*; or ici ce résultat est parfaitement obtenu. Sanchez, qui adopte cette opinion dominante, constate qu'elle est conforme à une pratique générale et incontestée ²; et la jurisprudence de la Congrégation du Concile n'a point hésité à valider les mariages par procureur, en maintenant soigneusement les garanties qu'avait établies le droit antérieur en ce qui concerne le *mandatum ad matri-*

1. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. II, disp. XI, n° 19 : « Ideo olim matrimonium per procuratorem valebat, quia sufficiebat ad illum mutuus consensus nudus... Sed hodie non est satis nudus consensus, ergo cessat matrimonium inter absentes... Hanc sententiam tenet Bart. a Ledes. Dub. 18, *De matr.*, fol. 1286. »

2. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. II, disp. XI, n° 20 : « Ex praxi totius Ecclesiæ, passim enim post Tridentinum celebrantur matrimonia per procuratores essetque intolerabilis error in Ecclesia tot matrimonia irrita censere. »

monium ¹. On se demanda cependant s'il suffisait, pour suppléer à la présence de l'époux absent, d'un mandat dans une forme quelconque, ou s'il ne fallait pas qu'il fût donné dans la forme même qu'avait imposée le concile pour le contrat de mariage, c'est-à-dire en présence du *proprius parochus* et de deux témoins; c'était en effet un principe soutenu par les docteurs que, lorsqu'une certaine solennité était exigée par la loi pour un acte déterminé, elle était également exigée pour le mandat donné afin d'accomplir cet acte ². Mais cela même ne fut pas admis; et l'on décida qu'il suffirait, comme par le passé, d'un mandat quelconque, pourvu qu'il fût spécial, même d'un mandat verbal ³. La doctrine dominante va même jusqu'à soutenir qu'il n'est point nécessaire que le prêtre et les témoins constatent la réalité du mandat; ils n'ont point à entrer dans cette vérification difficile; ils constatent seulement qu'un consentement en vue d'un mariage est produit devant eux: il vaudra ce qu'il pourra ⁴. Sanchez décide aussi, après controverse, qu'aucune qualité de capacité civile, de sexe ou d'âge, n'est exigée chez le *procurator*; il suffit que matériellement, naturellement, il soit capable de remplir le mandat ⁵.

1. Schulte et Richter, p. 238, nos 69, 70.

2. C'est sur la loi 16, D., *De spons.*, XXIII, 1, qu'ils développaient cette règle. Cf. Sanchez, *De sacr. matr.*, I, p. 98.

3. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. II, disp. XI, n° 23 : « Quia praxis totius Ecclesiæ habet ut post Tridentinum contrahatur matrimonium per procuratorem et nunquam auditum est eam solemnitatem in mandato dando procuratori servari. »

4. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. V, disp. VIII, n° 24 : « Quando aliqui contrahunt per procuratorem non est opus ut parochus et testes videant litteras, in quibus continetur potestas procuratoris, ut praxis totius Ecclesiæ recepit, alias deberent esse viri docti ut scirent an ea potestas sit sufficiens necne... Non videtur mens concilii ut plene et integre possint parochus et testes de matrimonio testificari, sed ut sint testes consensus de præsentī, quamvis valor matrimonii pendeat ex alicujus veritatis suppositione, ut constat ex matrimonio contracto per procuratorem. » — Mais cependant voyez Laemmer, *Institutionen des Katholischen Kirchenrechts*, § 129, note 6.

5. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. III, disp. XLII, n° 8 : « Multo certius est

La même difficulté, mais plus grave encore, se présentait quant au mariage contracté par lettre, qu'admettait également le droit ancien. Ici, en effet, il semblait impossible de respecter la prescription du concile, d'après laquelle le consentement de chacune des parties devait se manifester en même temps devant le même *parochus* et les mêmes témoins. Dans le mariage *per procuratorem*, cette condition peut être considérée comme remplie, car les deux parties, juridiquement parlant, sont en présence, bien que l'une d'entre elles, au lieu de figurer en personne, soit représentée par un mandataire. Mais l'époux qui reçoit une lettre de son fiancé ne peut faire qu'une chose pour se conformer au vœu du concile : venir déclarer sa volonté de contracter mariage, conformément à l'offre contenue dans la lettre, devant le *parochus* et deux témoins. Quand il aura fait cela, le consentement de l'autre conjoint aura-t-il été manifesté dans la forme voulue? Aucunement : il faudrait que, de son côté, il vint accepter devant son *parochus* et deux témoins. Mais, alors, au lieu d'un acte simple et un, prescrit par le *decretum de clandestinis*, on aura devant soi un acte en deux parties, qui ne présentera plus ni l'unité de lieu ni l'unité de personnages¹. Malgré ces raisons très puissantes, Sanchez admet encore la possibilité et la validité du mariage contracté par lettre de la part de l'un des conjoints. Il veut que l'ancien droit soit corrigé le moins possible, et cette solution est commandée, selon lui, par la solution généralement admise quant au mariage par procureur. Il faudra, pour que le mariage puisse être contracté ainsi, que l'un des conjoints écrive à l'autre une

nullam desiderari ætatem nec qualitatem aliam in procuratore ad matrimonium constituto, præter eam, quam jus naturale exposcit ad explicandum consensum, nomine alterius, nimirum rationis usum. »

1. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. II, disp. XII, n° 2 : « Quando alter recipit litteras, licet consentiat coram parochi, non sit sufficiens ad matrimonium donec alter conscius acceptet : non videtur quo pacto utriusque consensus possit coram eodem parochi et testibus præstari media epistola; procurator enim potestatem habet acceptandi, epistola autem minime. »

lettre par laquelle il déclare non seulement qu'il lui fait tradition de son corps, mais encore qu'il accepte dès maintenant la tradition réciproque que celui-ci lui consent¹ : puis la partie qui a reçu cette lettre en donne lecture, en manifestant son consentement, devant le *parochus* et les deux témoins.

III

Le droit canonique, non sans quelques difficultés doctrinales, avait admis que le mariage pouvait se contracter sous condition suspensive. Mais, en même temps, il décidait que, si, *pendente conditione*, la *copula* intervenait entre les époux, le mariage était immédiatement conclu comme pur et simple. Il avait construit une théorie ingénieuse des conditions apposées au mariage, considérant comme non écrites celles qui étaient impossibles ou simplement honteuses; annulant au contraire le mariage, lorsqu'une condition incompatible avec son essence même y était apposée. Tout cet ordre n'allait-il pas être bouleversé par les réformes qu'avait opérées le concile de Trente²?

1. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. II, disp. XII, n° 2 : « Primus casus est quem ponit Enriquez, si epistolam mittens scribat se non solum facere sui corporis traditionem, sed ex tunc traditionem per alterum sibi faciendam acceptare; tunc enim si, epistola lecta coram parochio et testibus, alter consentiat, jam utriusque traditio et acceptatio fit coram eodem parochio et testibus. Secundus casus est quem in nemine inveni, si recipiens epistolam rescribat mittenti se accepisse litteras in quibus vult ipsum in conjugem, et similiter ipsum velle : tunc enim si, hac epistola rescripta lecta coram parochio et testibus, recipiens coram illis consentiat, jam mutua acceptatio et traditio constat parochio et testibus; quia illa epistola continet traditionem rescribentis et acceptationem traditionis factæ a priori mittente; et prior mittens se tradit et acceptat coram parochio et testibus. » [La jurisprudence est en ce sens, Bancarel (*op. cit.*, p. 126) rapporte une décision de la Rote du 30 avr. 1910.]

2. [Sur le mariage conditionnel : Grange, *Les mariages sous condition*, *Revue des sciences ecclésiastiques*, 1905; Hussarek von Heinlein, *Die bedingte Eheschliessung*, Vienne, 1912.]

La difficulté réelle ne vient point de ce que le mariage est devenu un contrat solennel; car, en lui-même, un contrat de cette nature est susceptible de conditions; la stipulation du droit romain en est un célèbre exemple. Sans doute il faudra dorénavant que la condition acceptée par les deux conjoints soit déclarée devant le prêtre et les témoins; car le consentement, auquel elle s'incorpore, doit être manifesté dans cette forme, mais la logique sur ce point n'exige rien de plus.

La difficulté gît ailleurs. On se demande, en effet, s'il suffira que le prêtre et les témoins requis par le concile de Trente soient présents lorsque s'échange le consentement conditionnel, pour que, la condition s'accomplissant, le mariage se forme; — ou s'il ne sera pas nécessaire que les parties se présentent encore devant eux après cet accomplissement, pour qu'ils en constatent l'existence.

Pour quelques canonistes, nous le savons, le mariage conditionnel a la valeur de simples *sponsalia de futuro*; le lien conjugal ne se forme que moyennant un nouveau consentement, donné par les parties lorsque la condition s'est réalisée. En suivant cette opinion, il faudra dire que, dorénavant, si le consentement conditionnel peut être donné sans aucune forme, car il constitue simplement des fiançailles, le consentement matrimonial, qui suivra la condition accomplie, devra se produire *coram paracho et testibus*. Mais cette analyse du mariage conditionnel n'était pas généralement admise. On tenait communément, dans la doctrine ancienne, que le mariage sous condition suspensive était bien un véritable mariage et non de simples fiançailles; qu'il se formait à l'arrivée de la condition, sans qu'un nouveau consentement fût nécessaire. En s'attachant à cette doctrine, il faut dire certainement que le consentement conditionnel, sous l'empire du concile de Trente, devra être donné devant le *parochus* et les deux témoins; mais il est fort douteux que cela soit suffisant. En effet, ce qui vivifie le consentement et par conséquent fait le mariage, c'est la condition accomplie; si l'opération de cet élément créateur n'est pas constatée,

comme le concile a voulu que fussent constatés les mariages contractés, il semble bien que l'on a devant soi un mariage clandestin, entraînant tous les inconvénients de ces sortes de mariages, rendant possible et facile en particulier la bigamie des contractants¹. Le même inconvénient, plus grave encore, se présente, si l'on admet, conformément à la théorie ancienne, que la *copula*, intervenant entre les époux avant l'accomplissement de la condition, transforme immédiatement le mariage conditionnel en mariage pur et simple. Ces raisons sont très fortes, et Sanchez les déclare presque convaincantes². Cependant la doctrine et la pratique ecclésiastiques maintiennent après le concile de Trente la théorie entière du mariage conditionnel : il produisit ses anciens effets pourvu qu'il eût été contracté devant le *parochus* et les deux témoins. On exigea seulement, comme le voulait la logique, que la condition apposée par les parties fût communiquée à ceux-ci, pour qu'elle pût produire son effet. Sanchez lui-même se rallie à cette opinion. Il se détermine surtout par cette raison : il suffit, en thèse générale, que le consentement *de præsenti* soit exprimé *coram parochō et testibus*, bien que la validité du mariage dépende par ailleurs d'un fait que ceux-ci ne peuvent vérifier, par exemple des pouvoirs d'un mandataire, de l'âge d'un contractant, d'une dispense accordée par le pape ; il en est de même quant à l'accomplissement d'une condition³. La jurisprudence de la Congrégation du Concile

1. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. V, disp. VIII, n° 24 : « Si verificata (conditio est) in occulto, cum non constet Ecclesiæ ejus veritas, non constabit de matrimonio atque in eos permittet iniri aliud matrimonium. »

2. *Loc. cit.* : « Has urgentissimas esse et quæ convincere videntur. »

3. *De sacr. matr.*, l. V, disp. VIII, n° 24 : « Verum pro contraria parte, ut sufficiat parochum et testes interesse illi matrimonio de præsenti, sive conditio sit de præsenti, sive de futuro, nec sit necessarium ut præsentes sint conditionis verificationi, quæ mihi valde probabilis est, vehementissime urget. Nam quando aliqui contrahunt per procuratorem, non est opus ut parochus et testes videant litteras, in quibus continetur potestas procuratoris, ut praxis totius Ecclesiæ recepit... Similiter quando consanguinei con-

s'est fixée dans ce sens ¹. La doctrine maintient même l'ancienne règle d'après laquelle le mariage conditionnel *copula purificatur* ². Ici encore l'esprit de tradition l'avait emporté sur l'esprit de réforme.

IV

La doctrine ancienne, non sans de vives controverses, avait admis que le mariage était inexistant lorsque le consentement donné par l'un des contractants apparents était absolument fictif. C'était là une règle bien dangereuse et bien peu juridique : elle pouvait cependant se défendre alors que le mariage était un pur contrat consensuel et qu'il aurait suffi sûrement de quelques paroles échangées entre un homme et une femme, dans n'importe quel milieu, pour les lier irrévocablement. Après le concile de Trente, lorsque le mariage devint un contrat solennel, il semble qu'une réaction salutaire devait intervenir, qui éliminerait le *dissensus*, ainsi entendu, de la liste des empêchements dirimants. Maintenant que les *verba* impliquant le consentement, ou les signes équivalents, devaient nécessairement se produire avec une solennité déterminée, devant le *parochus* et les témoins, on ne pouvait prétendre que leur émission était inconsiderée ;

trahunt ex pontificis dispensatione, non est opus ut parochus et testes videant dispensationem... Ergo si hoc matrimonium valet, valebit etiam contractum per verba de præsenti, sub conditione, coram parochus et testibus; quamvis eisdem minime constet de verificatione conditionis. Præterea quia non videtur mens concilii ut plene et integre possint parochus et testes de matrimonio testificari, sed ut sint testes consensus de præsenti, quamvis valor matrimonii pendeat ex alicujus veritatis suppositione. »

1. Schulte et Richter, p. 245 et s., nos 85, 86, 87, 88, 89.

2. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. V, disp. VIII, n° 25 : « Hinc infertur, si, pendente conditione hujus matrimonii initi coram parochus et testibus, contrahentes habeant copulam, præsumere Ecclesiam recessisse a conditione et perfici matrimonium. Quod idem erit in foro interno (?) etiam post Tridentinum. Quia jam servata est forma Tridentini in priori contractu et judicandum erit ac si impleta esset conditio occulte. »

ce n'était point dépasser la justice que de les prendre toujours au sérieux.

Il n'en fut rien cependant, et ici encore nous assistons à un singulier phénomène de conservation juridique. La doctrine admit, comme par le passé, que le consentement feint, quoique manifesté devant le prêtre et les témoins, rendait le mariage inexistant ¹. Si les applications de ce principe ne peuvent être que fort rares, étant données les difficultés de preuve, il n'est pas moins incontesté. Il a même été invoqué dans des circonstances solennelles; c'est sur lui que Napoléon I^{er} fondait surtout la demande en nullité de son mariage avec Joséphine, introduite devant l'officialité de Paris ².

Ce qui corrige en partie cette doctrine, c'est la difficulté qu'il y a à fournir une preuve suffisante et juridique du *dissensus*. Cependant, même sur ce point, des auteurs, dont l'autorité est grande, se montrent relativement assez faciles. Ainsi Sanchez admet, contrairement aux principes généraux, que l'avou des deux conjoints pourrait suffire pour reconnaître l'inexistence du mariage ³. La meilleure précaution

1. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. II, disp. XLV et XLVI; — disp. XLV, n^{os} 4, 5 : « Ea certitudo requiritur et satis est ut possit credere mulier et aliud inire matrimonium, quæ virum prudentem certum moraliter redderet ficti consensus alterius... Hinc infertur iudicis arbitrio committi quæ sufficient conjecturæ certitudinemque moralem faciant : licet enim vir statim reclamet ac juret se non consensisse, possunt esse ea indicia, ut jure optimo fides ei adhibenda non sit, ut si dignius matrimonium se offerat. Credetur tamen dicenti se non consensisse, quando testibus probat verisimilia signa ficti consensus. »

2. Welschinger, *Le divorce de Napoléon*, Paris, 1889, p. 92 (Requête de l'archichancelier à l'official de Paris) : « Le vice radical de ce mariage que nous dénonçons est le défaut de lien résultant de l'absence d'un consentement mutuel. Nous offrons la preuve de ce défaut de lien. » Voyez, dans le même ouvrage, les dépositions de Bertier, p. 105, de Duroc, p. 108, de Talleyrand, p. 110, du cardinal Fesch, p. 99 et s.

3. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. II, disp. XLV, n^o 15 : « Utrum autem dissensus in matrimonio probatur utriusque conjugis confessione asserentis se fecte consensisse? Negant Palud. et D. Ant., et potest probari quia non satis est confessio impedimenti dicimentis facta ab utroque conjugé ad matri-

juridique que puisse prendre l'époux apparent qui joue cette indigne comédie, c'est de protester d'avance, devant témoins, qu'il n'a point l'intention de contracter sérieusement. Encore beaucoup doutent-ils que cette protestation puisse avoir aucune force, si elle n'était pas faite en présence de l'autre conjoint. Si même la protestation a eu lieu, mais que le mariage postérieurement célébré ait été suivi de la *copula carnalis* entre les conjoints, ne doit-on pas présumer que l'époux s'est désisté entre temps de son *dissensus*¹? Tout cela d'ailleurs constitue une doctrine trouble; mais il ne saurait en être autrement, le principe lui-même étant vraiment anti-juridique.

Si la doctrine a conservé sur ce point la règle ancienne, elle maintient également que le mariage n'existe point si chacun des époux n'a pas manifesté son consentement par des paroles ou des signes équivalents. Il ne suffit point qu'ils se taisent en présence du prêtre et des témoins réunis pour constater le mariage; et si l'un d'eux a gardé le silence, interrogé par le prêtre, et n'a révélé sa volonté par aucun signe, le mariage n'existe pas. C'est ce qu'a décidé récemment encore la Congrégation du Concile².

monium dissolvendum. Sed meo judicio longe dispar est ratio, quia cætera impedimenta possunt alia via probari, cum externa sint; dissensus autem, cum in corde habeat, non potest alia via probari nisi per conjugum confessionem, licet conjecturæ aliæ possint adhiberi, et ideo admittatur facilius in hoc casu utriusque conjugis confessio. »

1. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. II, disp. XLV, n^{os} 17 et s.

2. *Caietana*, 27 janvier 1872, dans Mulhnbauer, *Thesaurus resolutionum S. C. Concilii quæ consentaneæ ad Tridentinorum pp. decreta... prodierunt*, t. IV, fasc. 1, p. 710 et s. Voyez le *votum canonistæ*, p. 713 : « Defecisse consensum argui ex depositione Caietanæ quæ varie interrogata et sub juramento deposuit : Vere nihil respondi ad interrogationem parochi, quod mihi non videbatur hujusmodi matrimonium recte factum, cum non præcessisset consensus ante publicationes juxta morem. » Cf. p. 718 : « Colligitur... III, quare si sponsus in actu contrahendi matrimonium affirmet et sponsa taceat nullumque det signum mutux affirmationis, ita ut mere passive se habeat, matrimonium non censi contractum; deest enim mutuus atque expressus consensus. »

V

Nous avons trouvé dans le droit canonique ancien une remarquable théorie sur la ratification des mariages nuls. Lorsque la nullité provenait d'un vice du consentement, violence ou erreur, qui disparaissait dans la suite, bien que le mariage fût considéré comme radicalement nul, on admettait que si l'époux violenté ou déçu donnait à nouveau son consentement, l'autre époux n'ayant pas retiré le sien, le mariage était validé, *convalescebat*. Il n'y avait même pas besoin pour cela d'un nouveau consentement expressément manifesté ; il suffisait de la vie commune continuée entre les conjoints en connaissance de cause, de la *copula* librement consentie *animo uxorio*¹. Comme il s'agissait là, non pas à proprement parler d'une ratification, mais d'un nouveau mariage contracté, la même *revalidatio* s'appliquait au mariage inexistant ; et cela ne souffrait aucune difficulté, le mariage étant traité comme un pur contrat consensuel. De même encore, lorsque deux impubères se mariaient, étant encore incapables des relations conjugales, le mariage était radicalement nul ; mais la *revalidatio* se produisait de la même manière, quand la puberté était arrivée².

Mais après le décret du concile de Trente, juridiquement cela devenait impossible. Du moment que le premier mariage était considéré comme radicalement nul ou comme inexistant, et qu'il était nécessaire d'en contracter un nouveau par un *novus consensus*, il fallait que le consentement fût donné dans la forme prescrite par le concile, *coram paracho et testibus* : il fallait une nouvelle célébration. Cette conséquence s'imposait, elle fut dégagée sans hésitation par la doctrine³,

1. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. IV, disp. XXV, nos 1 et 2.

2. C. VI, VIII, X, *De desp. imp.*, IV, 2 ; c. un., VI, *De desp. imp.*, IV, 2.

3. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. II, disp. XXXII et XXXVII.

et la Congrégation du Concile statua de bonne heure dans ce sens¹.

Cependant on pourrait croire, à lire les traités les plus autorisés, que, si l'empêchement dirimant, qui rendait le mariage nul, était occulte, il ne serait point nécessaire de renouveler le consentement *coram paracho et testibus* et la *revalidatio* pourrait, après le concile de Trente, s'accomplir comme dans le droit antérieur². La Congrégation du Concile a rendu une décision dans ce sens³, et c'est ce qui ressort aussi d'une *declaratio* de Pie V⁴. Cela paraît absolument contradictoire avec ce qui vient d'être dit et contraire aux principes. La conciliation est au fond assez simple : elle résulte de ce que, dans le second cas, on se place non dans le *forum externum*, mais dans le *forum internum*, où toutes les conventions légales et arbitraires doivent disparaître pour faire place à la vérité. L'empêchement occulte, dont il s'agit, est celui qui ne pourrait pas être judiciairement prouvé. Pour la juridiction ecclésiastique, c'est comme s'il n'existait pas, *de occultis Ecclesia non judicat*; à ses yeux, le mariage est donc valide et n'a pas besoin d'être ratifié ou renouvelé. La ratification ne regarde ici que la conscience et le tribunal de la pénitence; elle sort du domaine du droit⁵.

1. Schulte et Richter, p. 243, n° 80 : « S. Congregatio... sæpius respondit hodie post Tridentinum concilium matrimonium metu contractum et, purgato metu, per cohabitationem cum carnali copula aliosque actus non convalidari, nisi iterum contrahatur adhibita rursus ejusdem concilii forma. *Hispal.*, 20 jun. 1609; *Constantinopolit.*, 2 et 18 decemb. 1634. » — *Ibid.*, n° 82.

2. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. II, disp. XXXVII, n° 3 et s.

3. Schulte et Richter, p. 243, n° 81 : « Matrimonium servata forma concilii Tridentini initum non est revalidandum repetitis solemnitatibus, si impedimentum est occultum. *Cœneten.*, 10 apr. 1723. »

4. Dans Sanchez, *De sacr. matr.*, l. II, disp. XXXVII, n° 3 : « Tandem quia ex opposita sententia sequerentur multa scandala et inconvenientia, ergo non est creditu dignum voluisse concilium hos conjuges obligare ut iterum publice contrahant. Et ita tenet Navarrus et dicit sic postea declarasse Pium V et sacrum pœnitentiariæ prætorium ea declaratione frequenter uti. »

5. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. II, disp. XXXVII, n° 11 : « Credo occul-

VI

Le concile de Trente a frappé de nullité les mariages clandestins, ceux qui ne seraient pas célébrés suivant les formes qu'il prescrit : on se demande pourtant s'ils ne sont pas encore susceptibles de produire quelque effet. Sans doute l'acte accompli ne peut valoir comme mariage, mais ne vaudra-t-il pas comme fiançailles, comme *sponsalia per verba de futuro*? Pour l'affirmative, on peut produire de très forts arguments.

Les fiançailles en effet ne sont assujetties, même après le concile de Trente, à aucune condition de forme; la règle contraire avait figuré dans les premiers projets soumis aux Pères du concile, mais elle n'a pas été adoptée, et la Congrégation du Concile l'a reconnu expressément¹. Or, dans l'hypothèse présente, les contractants ont certainement voulu donner au moins le consentement requis pour les fiançailles; en voulant le mariage actuel, ils voulaient à plus forte raison le mariage futur, et, si leur volonté est inefficace sur le premier point, pour vice de formes, elle doit produire effet sur le second, pour lequel aucune forme n'est exigée. Il y a, en ce sens, un précédent grave dans le droit canonique ancien; c'est la solution même qui est donnée pour la *desponsatio de præsenti* des

tum accipi, ut distinguitur contra plene probabile, quia quando impedimentum plene probari potest in foro externo, tunc proculdubio, si matrimonium clam ratificatum validum esset, sequerentur ex eo omnia inconvenientia, quæ olim ex matrimonio clandestino valido sequebantur : nam, probato impedimento, posset alter conjux aliam uxorem ducere cum qua in perpetuo adulterio viveret, cum Ecclesiæ minime constet de occulta revalidatione matrimonii illius publici. Dicetur autem plene probabile in foro externo impedimentum, ad dissolvendum matrimonium publice contractum, quando duobus testibus probari potest. »

1. Schulte et Richter, p. 224, n° 5 : « S. C. sæpius declaravit, sponsalibus per verba de futuro contrahendis nullam formam præscripsisse concilium, ideoque eo modo contrahi posse quo poterant ante ipsum concilium, 15 dec. 1596. »

impubères : nulle comme mariage, elle vaut comme fiançailles¹.

Malgré ces raisons, ce fut la solution contraire qui l'emporta et la Congrégation du Concile l'adopta à maintes reprises². Ce que la doctrine invoque surtout, pour la justifier, c'est le texte même du *decretum de clandestinis*. Il déclare, en effet, ceux qui contracteraient mariage hors de la présence du *parochus* et de deux témoins absolument incapables de contracter ainsi, *ad sic contrahendum omnimodo inhabiles reddit*. Or, ce serait leur maintenir une certaine capacité que de faire valoir comme fiançailles leur mariage clandestin³. Sanchez joint à cela des considérations empruntées à la théorie des légistes sur les effets différents résultant du défaut de cause efficiente et du défaut de forme dans un acte juridique⁴ : mais au fond c'est ici l'esprit de réforme qui l'avait emporté sur l'esprit de tradition. On avait senti que, pour éliminer sûrement les mariages clandestins, il fallait les priver de tout effet, même indirect.

VII

La réforme capitale opérée par le concile de Trente a créé, non pas directement, mais par voie de conséquence et d'interprétation, la théorie des mariages mixtes, si importante dans le droit canonique nouveau, et qui n'existait pas à proprement parler dans le droit canonique ancien.

1. C. VIII, *De desp. imp.*, IV, 2.

2. Schulte et Richter, p. 222, nos 7, 8, 9.

3. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. I, disp. XX, n° 2 : « Si enim valeret contractus ut sponsalia, non essent omnimodo inhabiles, sed aliquo modo et essent habiles. »

4. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. I, disp. XX, n° 2 : « Quando actus non valet ut agitur, tunc valet eo modo quo valere potest, quando est defectus ex parte causæ efficientis, ut contingit in matrimonio impuberum : habet enim debitam formam, solum claudicans defectu ætatis contrahentium. Secus quando defectus contingit ex parte causæ efficientis et formæ, tunc enim prorsus corrumpitur contractus ut bene Bartol., l. I, § *Si quis ita*, n° 5, ff. *De verb. oblig.* »

Il s'agit de mariages entre chrétiens; mais l'une des parties seulement est catholique, l'autre appartient à une confession différente, c'est-à-dire est hérétique, au point de vue du droit canonique. Le mariage ainsi contracté n'est entaché d'aucun empêchement dirimant à raison de la qualité des personnes : pour que l'empêchement fondé sur le *dispar cultus* soit écarté, il suffit que les deux conjoints aient reçu le baptême, et le baptême n'en opère pas moins pour avoir été conféré par un hérétique ou un schismatique, comme l'a solennellement déclaré le concile de Trente¹. Telle était la doctrine certaine avant le concile de Trente, et telle elle est restée depuis. Sans doute, des textes précis et une tradition constante interdisaient de semblables mariages, mais on ne voyait dans cette interdiction qu'un empêchement prohibitif, dont la théorie n'était pas même bien nettement construite. Cet empêchement, comme tous les autres de la même nature, avait assez peu d'importance tant que le mariage put se former par le simple consentement, sans l'intervention de l'autorité ecclésiastique : rien n'était plus aisé aux parties que de passer outre².

Mais avec la Réforme et le concile de Trente cette situation changea en fait et en droit. En fait, les hérétiques, dans l'Europe occidentale et centrale, furent représentés, non plus par des groupes isolés, perdus au milieu des populations catholiques, mais par des nations entières ayant la qualité d'États indépendants. En droit, là où le *decretum de clandestinis* avait été dûment publié, il fallait, pour la validité du mariage en droit canonique, des formes spéciales, la présence du *parochus*

1. Sess. VII, *De bapt.*, c. iv (Schulte et Richter, p. 44) : « Si quis dixerit baptismum qui etiam datur ab hæreticis in nomine Patris et Filii et Spiritus Sancti, cum intentione faciendi quod facit Ecclesia, non esse verum baptismum : anathema sit. »

2. Bulle de Benoît XIV, du 19 février 1749, § 11 (Schulte et Richter, p. 553) : « Hoc siquidem impedimentum (disparis cultus)... neque vim ullam habet in matrimoniis eorum qui baptismum susceperunt, etsi alter catholicus, hæreticus alter fuerit, quum plane constet illicita illa quidem sed rata esse. »

— Cf. Feije, *De impedimentis*, n° 567.

et de deux témoins; et, par là même, tout empêchement simplement prohibitif prit une valeur nouvelle et très sérieuse, le représentant de l'autorité ecclésiastique ne devant point se prêter à la célébration du mariage, lorsqu'il existait un empêchement de cette nature. L'Église a donc dû dégager une doctrine précise sur les mariages mixtes : elle l'a fait en posant des règles générales très sévères, mais en les corrigeant ensuite par des tempéraments et des accommodements.

La première règle, c'est que, là où le concile de Trente est entré en vigueur, le mariage mixte n'est valable qu'autant qu'il a été célébré *coram paracho et testibus*. Si l'on considère le conjoint catholique isolément, cela est de toute évidence; mais cela est également vrai si l'on considère isolément le conjoint acatholique. Cela vient de ce que, *jure canonico*, les chrétiens, hérétiques ou schismatiques, n'en sont pas moins soumis aux lois de l'Église catholique¹ : le fait du baptême rend nécessairement tout chrétien justiciable de l'Église, et il ne peut, en embrassant l'hérésie, se soustraire en droit à son empire². Les hérétiques restent donc, au point de vue du droit canonique, soumis comme les catholiques aux lois de l'Église sur le mariage; et cela est vrai, soit qu'ils contractent avec des catholiques, soit même qu'ils contractent entre eux. Cette dernière proposition n'a pas seulement une vérité théorique, elle peut avoir, comme on le verra plus loin, une

1. Concile de Trente, sess. VII, *De baptismo* (Schulte et Richter, p. 41), c. vii : « Si quis dixerit baptizatos per baptismum ipsum solius tantum fidei debitores fieri, non autem universæ legis Christi servandæ : anathema sit. » — C. viii : « Si quis dixerit baptizatos liberos esse ab omnibus sanctis Ecclesiæ præceptis, quæ vel scripta vel tradita sunt, ita ut ea observare non teneantur, nisi se sua sponte illi submittere voluerint : anathema sit. »

2. Voyez la Congrégation du Concile (Schulte et Richter, p. 299, n° 176) : « In jure vero fas est prænotare quod, tametsi catholici cum hæreticis illicite quidem sed valide matrimonium contrahant... in locis tamen ubi decretum s. concilii Tridentini fuit promulgatum, formam ab eo præscriptam ipsi quoque hæretici, sive cum catholicis, sive inter se matrimonium celebrent, servare tenentur, quum nequiverint infelici hæresis præsidio a sacrorum canonum sanctionibus sese subtrahere. »

portée pratique très sérieuse : il faut supposer pour cela que deux conjoints hérétiques se convertissent au catholicisme ; le mariage qu'ils auraient contracté, sans se conformer aux prescriptions du concile de Trente, devrait en principe être considéré comme nul par l'autorité catholique à laquelle ils se soumettent désormais. La question est la même si l'un seulement des conjoints hérétiques se convertit au catholicisme. Cette thèse, qui, nous le verrons, fut sérieusement contestée, a prévalu en doctrine et en jurisprudence ¹.

La seconde règle, c'est que le mariage entre catholiques et hérétiques est prohibé par le droit canonique et que, par conséquent, le *parochus* catholique ne doit point se prêter à la célébration de semblables mariages. Cependant, cet empêchement prohibitif n'est pas immuable ; la dispense peut en être accordée. Mais le droit d'accorder cette dispense, après controverse, a été réservé au pape ; les évêques ne peuvent l'exercer qu'autant qu'ils ont reçu à cet égard une délégation expresse du Saint-Siège ². Cette dispense, étant une grâce, peut toujours être refusée ; elle peut, à plus forte raison, être subordonnée à certaines conditions. La pratique de l'Église en a déterminé successivement un certain nombre.

1. Congrégation du Concile (Schulte et Richter, p. 297, n° 174) : « In causa *Gedanen.*, quæ civitas est in Prussia, contracto matrimonio inter catholicum et hæreticum, non tamen coram parochio catholico, licet ipse in eo loco non deesset, ibique s. conc. Trid. observari soleret, die 4 sept. 1667. » N° 163, p. 291 ; n° 164, p. 292 ; n° 169, p. 293 ; n° 171, p. 293.

2. Benoît XIV, *De synodo diœcesana*, l. IX, c. III, n° 2, 3 : « Facili negotio perspicere est hujuscemodi matrimonia licita aliter evadere non posse, præterquam in vim dispensationis a Romano pontifice obtentæ, exclusis episcopis, nisi a pontifice facultatem acceperint, ut super iisdem dispensare posint. Neque est ut hac in re contraria ulla consuetudo opponatur, quoties non adsit positiva dispensatio pontificis, quæ sane ex sola pontificum Romanorum scientia ac tolerantia deduci nullo modo potest. Qua de re cum olim in Congregatione S. Officii disceptatum fuerit, ea inter consultores et cardinales inquisitores sententia vicit, quæ pro pontificia steterat auctoritate. » Cf. décision de la Congrégation du Concile (Schulte et Richter, p. 292, n° 165).

Tout d'abord, la dispense paraît n'avoir été accordée que si la partie hérétique promettait d'abjurer l'hérésie¹. Mais, dans le siècle présent, cette rigueur a été relâchée par la force même des choses ; le Saint-Siège n'exige plus l'abjuration pour accorder la dispense de l'*impedimentum mixtæ religionis* ; mais on la subordonne à un triple engagement pris par les conjoints : 1° L'époux acatholique doit promettre de laisser à son conjoint le libre exercice de la religion catholique ; 2° L'époux catholique doit promettre de faire tous ses efforts pour amener la conversion de son conjoint ; 3° L'engagement doit être pris par les époux que tous les enfants nés du mariage seront élevés dans la religion catholique². D'après certains auteurs, une quatrième condition serait aujourd'hui imposée, à savoir que les contractants, ni avant, ni après avoir comparu devant le prêtre catholique, ne se présenteraient devant le ministre schismatique³. Mais, dans tous les cas, cette dernière exigence devrait s'entendre avec discrétion et n'aurait point un caractère absolu. Lorsque, d'après la loi de l'État, le ministre schismatique fait fonctions d'officier de l'état civil, les instructions des Congrégations permettent aux parties, qui contractent

1. Voyez deux constitutions de Benoît XIV, adressées au clergé de Pologne, l'une du 29 juin 1748, l'autre du 8 août 1748. Dans la première on lit (Schulte et Richter, p. 559) : « His veluti fundamentalibus apostolicæ sedis regulis ejusdem agendi ratio constanti usu recepta apprime respondet. Nam quoties ipsam adiri contingit... pro obtinenda simplici facultate contrahendi matrimonium inter personas quarum altera hæresim profitetur... neque licentia neque dispensatio conceditur, nisi hac expressa lege seu conditione, nimirum abjurata prius hæresi. »

2. Feije, *De impedim.*, n° 568 ; Laemmer, *Institutionem des katholischen Kirchenrechts*, 1886, p. 386 ; Richter-Dove-Kahl, *Lehrbuch des Kirchenrechts*, 8° édit., 1886, p. 1207. — On trouvera dans Sanguinetti, *Institutiones juris canonici privati*, p. 495, la formule de ces engagements et de la dispense.

3. Laemmer, *Institutionen*, p. 388 : « Dummodo nupturientes, neque ante neque post matrimonium coram parochæ catholico initum, adeant ministrum schismaticum. » Voyez aussi Richter-Dove, p. 1207. — Feije n'ajoute pas cela, comme une condition formelle, aux trois premières conditions : *De impedim.*, n° 568 et 574.

régulièrement un mariage mixte, de se présenter devant lui; c'est seulement dans le cas contraire que cela leur est défendu ¹. Lorsque, en vertu d'une dispense, le prêtre catholique assiste à la célébration d'un mariage mixte, il doit se borner à prêter une *assistentia mere passiva*, celle qui est suffisante pour la validité du mariage. Il ne doit point bénir l'union, qui ne doit point non plus être contractée dans l'église, *in loco sacro* ².

Il faut ajouter d'ailleurs, d'après les canonistes contemporains, que l'Église, pour éviter de plus graves inconvénients, tolère parfois, dans certaines régions, la célébration des mariages mixtes devant le *parochus*, quoique les parties n'aient pas demandé la dispense de l'*impedimentum mixtæ religionis*, ou n'aient pas voulu prendre les engagements exigés : mais cette tolérance ne peut se fonder que sur une déclaration du Saint-Siège et ne peut s'étendre, d'un pays visé dans la déclaration, à un autre qui ne l'a pas été ³.

1. Feije, *De impedim.*, n° 574 : « Ministrum hæreticum adire, lege ita jubente, nupturientibus licet, si mere civilem ministrum agat; sed eum adire tanquam ministrum religiosum est illicita cum hæreticis in divinis communicatio. » — Cf. Laemmer, *op. cit.*, p. 387; Richter-Dove, *Lehrbuch*, p. 1207. La distinction faite au texte est établie par une *Instructio S. R. et universalis Inquisitionis ordinariis communicanda* du 22 mars 1879, rapportée par Laemmer; voyez aussi des instructions antérieures dans Feije, *De impedim.*, n° 574.

2. Benoît XIV, *De synodo diæces.*, l. VI, c. v, n° 5 : « Hujusmodi matrimonii sacerdotalement benedictionem impendendam non esse, neque missam in præsentia hæretici celebrari debere; nec matrimonium ipsum intra ecclesiæ ambitum contrahi; quoniam nihil illorum ad illius validitatem intervenire necesse est. » Feije, *De impedim.*, n° 571, p. 450; p. 451 : « Neque assistere licet in loco sacro, cujusmodi tamen per se non est sacristia, unde in nonnullis regionibus, ut in Gallia, excipitur consensus in sacristia, in aliis vero, ut in Belgia et Hollandia, in alio loco omnino profano sed decenti ». — Quant à la question de savoir si les bans doivent être alors publiés, voyez Feije, p. 451, texte et note 3.

3. Feije, *De impedim.*, n° 570 : « Quando absque dispensatione, vel omnis necessariis cautionibus earumve aliqua, matrimonium contrahere volunt, nullatenus cooperari potest parochus, sive proclamando, sive dando litteras dimissoriales, sive assistendo. In tristibus tamen aliquarum regionum cir-

La partie juridiquement intéressante de cette théorie, c'est la règle d'après laquelle les hérétiques comme les catholiques sont soumis, quant à leurs mariages, aux prescriptions du concile de Trente. Aussi, comme je l'ai dit plus haut, rencontre-t-elle des adversaires convaincus parmi les canonistes, et, si ceux-ci ne triomphèrent pas pleinement, leur opposition ne peut certainement admettre des tempéraments importants.

L'un des plus énergiques opposants fut le célèbre canoniste Van Espen. Il admettait comme pleinement valables en droit canonique les mariages contractés par des protestants, soit entre eux, soit avec des catholiques, devant un magistrat civil ou devant un ministre protestant. Il soutient cette proposition pour les mariages contractés en France, en Allemagne, et surtout dans les Provinces-Unies ¹. S'attachant spécialement à ces derniers, et adoptant les conclusions d'une thèse soutenue à Louvain par le docteur en théologie de Swaen, il invoque trois raisons pour établir la validité des mariages ainsi contractés par des protestants entre eux. C'est, d'abord, l'intérêt de l'Église et le salut des âmes; les conversions de semblables époux étant bien plus faciles à obtenir s'ils savent que leurs mariages seront reconnus et garantis par l'Église catholique. C'est, en second lieu, l'impossibilité morale pour les calvinistes de se conformer au concile de Trente,

umstantiis, ad majora præcavenda mala, coactam tolerantiam interdum adhibuit et adhibet sedes ap. ita, ex. gr., ne coram magistratu civili vel ministro hæretico invalide ineatur matrimonium, tolerat in diversis Germaniæ partibus parochi assistentiam passivam... Verumtamen hujusmodi quævis tolerantia nec licitum reddit matrimonium nec invocari potest in aliis regionibus, pro quibus de ea non constat ex sedis ap. declaratione. »

1. *Jus ecclesiasticum universale*, part. II, tit. XIII, c. v, n° 32 : « Matrimonia acatholicorum coram magistratu politico vel ministro acatholico contracta, etiam in locis ubi decretum Tridentinum fuit aliquando publicatum, esse valida, etsi nec desit copia parochi catholici, neque sic conjunctos ad Ecclesiam catholicam redeuntes esse urgendos coram parochio consensum renovare, non tantum in Gallia et Germania, sed in provinciis confœderatis ubi calvinistæ dominantur, jam a 20 et amplius annis communiter receptum fuit. »

dans un pays où domine leur religion ¹. Enfin, le concile de Trente n'a eu qu'un but, assurer la publicité du mariage, prohiber les mariages clandestins; or, ce but est pleinement atteint lorsque deux protestants contractent devant le magistrat civil, ou devant le ministre protestant et plusieurs témoins ². Ayant ainsi établi la validité du mariage contracté entre protestants dans cette forme, Van Espen déduit la validité des mariages mixtes, contractés de la même manière, de l'indivisibilité du mariage : le mariage, étant valable par rapport à l'époux hérétique, l'est nécessairement aussi par rapport à l'époux catholique ³.

La solution que soutenait Van Espen était désirable, et ce qu'il disait de l'opinion accréditée en Belgique et en Hollande était parfaitement exact ⁴. Mais la thèse qu'il produisait ne pouvait pas être acceptée par les canonistes dans sa généralité; elle eût conduit, en dernière analyse, à faire considérer comme valable, *jure canonico*, tout mariage contracté suivant des formes établies par la loi civile ou par un culte divergent, mais assurant la même publicité que celles prescrites par le concile de Trente. La solution proposée devait bien se faire accepter, mais en se faisant approuver et limiter par l'autorité du Saint-Siège.

Le pape Benoît XIV, qui devait l'adopter, nous apprend que la thèse qui l'emportait devant les tribunaux de la cour

1. *Op. et loc. cit.*, n° 33, 34.

2. *Ibid.*, n° 35 : « Tertia ratio... desumitur ex scopo ipsius decreti Tridentini, qui est ut incommoda ex matrimonii clandestinis, quæ in foro externo probari non poterunt, provenientia evitarentur. Scopus autem his in provinciis obtinetur, dum matrimonia publice coram magistratu vel ministro acatholico et testibus contrahuntur, idque non aliter. »

3. *Ibid.*, n° 36.

4. Cela est constaté par la jurisprudence même de la Congrégation du Concile; Schulte et Richter, p. 294, n° 171 : « Quod ubi unus contrahentium est catholicus, alter vero hæreticus, regulariter conjunctio non fiat coram paroco catholico, hocque non obstante habetur inibi contractus validus juxta assertam decisionem olim factam a S. C. Inquisitionis, tempore Castoriensis. »

de Rome et devant la Congrégation du Concile, lorsque, jeune encore, il participait à leurs travaux, était celle qui considérait ces mariages comme nuls ¹. Mais, dès cette époque, il éprouvait une répugnance extrême à adopter cette opinion ². La question fut alors posée nettement par l'évêque d'Ypres. Dans un rapport sur l'état de son église, qu'il rédigea sur la demande du Saint-Siège, il insistait pour que la papauté établît une règle certaine sur la valeur des mariages ainsi contractés *in fœderatis Belgii regionibus*. La cause fut mise à l'étude sous le pontificat de Clément XII, mais ne put recevoir alors de solution. Benoît XIV, à son avènement, trouva les choses en cet état, et ouvrit le débat devant la Congrégation du Concile, où il recueillit les opinions données de vive voix, le 13 mai 1741 ³. Conformément à l'opinion personnelle du nouveau pontife, les cardinaux statuèrent unanimement dans le sens de la validité de ces mariages, mais tous ne se déterminèrent point par les mêmes raisons ⁴. Il se forma même, comme le rapporte le pape, quatre opinions. Les uns invoquaient simplement une raison d'utilité : l'intérêt de la religion et la facilité plus grande pour amener la conversion des hérétiques ⁵. D'autres,

1. *De synodo diœces.*, l. IV, c. vi, n° 5 : « Cum autem in Romanæ curiæ tribunalibus et cardinalium congregationibus, occasione quarumdam causarum matrimonialium, super hoc quæstionis capite deliberatum esset, negari nequit illis ut plurimum magis arrisise priorem opinionem quæ eorum matrimoniorum nullitatem tuetur. »

2. *Ibid.* : « Nos quidem cum plurium annorum spatio, antequam ad majores dignitates ascenderemus, munera tum secretarii Congregationis Concilii Tridentini interpretis, tum doctoris in decretis in Pœnitentiariæ Apostolicæ Officio, tum etiam consultoris Supremæ Inquisitionis exercuerimus, memoratarum causarum discussioni interfuimus, sed nunquam illi opinioni acquiescere potuimus. »

3. *De synodo diœces.*, l. VI, c. vi, n° 5.

4. *Ibid.*, n° 7 : « In quo sane conformia fuerant suffragia eorum qui in Congregatione convenerant : et licet alii alia via insisterent, omnes tamen ad eandem metam eundemque finem pervenerunt, ut pro validitate matrimonii sententiam ferrent. »

5. *Ibid.*, n° 10.

tout en reconnaissant que le décret du concile avait été publié dans les Pays-Bas par l'autorité des princes espagnols, pensaient qu'il n'avait pas alors été individuellement publié dans chaque paroisse : la publication exigée pour sa mise en vigueur n'avait donc jamais eu lieu dans les localités occupées par des hérétiques¹ ; et, par suite, pour eux, le droit canonique ancien devait être considéré comme maintenu. Les deux dernières opinions se fondaient sur des considérations plus pénétrantes. D'un côté on disait que la question, telle qu'elle se présentait, n'avait pas été littéralement résolue par le concile de Trente : celui-ci n'avait visé directement que les pays catholiques, et n'avait point expressément compris dans son décret les nations hérétiques, présentes et futures². Il fallait donc se rapporter à l'esprit du décret. Or celui-ci, on l'a vu plus haut³, en exigeant la publication dans chaque paroisse, avait eu pour but de ménager les protestants, de ne point les exaspérer par les conséquences trop rudes des décisions prises. Cela conduisait à reconnaître la validité des mariages actuellement en discussion. Enfin, les derniers admettaient la validité, quand même il eût été démontré que, sous la domination espagnole, le décret eût été dûment publié dans chaque paroisse. Ils considéraient en effet que, par suite de la Réforme et des événements politiques qui en avaient été la conséquence, il s'était formé dans ces pays deux sociétés religieuses, l'une catholique et l'autre hérétique, qui vivaient mêlées dans le même pays. La publication, qui avait pu être faite avant que fût formée la société hérétique, ne pouvait donc obliger celle-ci⁴.

1. *De synodo diœces.*, l. VI, c. vi, n° 7.

2. *Ibid.*, n° 9 : « Ulterius autem decretum non progredi neque declarare an ejusmodi lege heterodoxæ societates, quæ tunc essent atque aliæ, quæ in posterum efformari possent, comprehendere deberent. »

3. Ci-dessus, t. II, p. 216.

4. *De synodo diœces.*, l. VI, c. vi, n° 8 : « Duas reputabant hominum societates, inter se plane distinctas, per occasionem et in sequelam illiusmet defectionis efformatas fuisse, alteram catholicam et alteram hæreticam, quæ nunc invicem permixtæ in iisdem regionibus versantur. Quapropter, etiamsi

Cette délibération solennelle aboutit à une *declaratio* de Benoît XIV, du 4 novembre 1741, qui reconnaissait valables les mariages contractés sans la forme prescrite par le concile de Trente *in locis fœderatorum ordinum dominio subjectis*, soit entre hérétiques, soit entre hérétiques et catholiques ¹. La déclaration maintient expressément sous l'empire du droit commun les mariages qui seraient contractés entre catholiques dans les Provinces-Unies ², et Benoît XIV se refusa formellement à leur étendre le même privilège sous forme d'indult ³.

Sur quels motifs Benoît XIV fonda-t-il sa déclaration ? Cela est assez difficile à déterminer, puisque lui-même rapporte, sans se prononcer à cet égard, les quatre opinions distinctes qui s'étaient produites dans la Congrégation du Concile. Cependant, dans une bulle postérieure, celle du 9 février 1749, précédemment citée, il est dit que la déclaration de 1741 repose sur cette idée que le concile de Trente n'a pas eu l'intention d'étendre l'empêchement dirimant de clandestinité aux mariages dont il s'agissait alors ⁴. Cela s'applique exactement aux mariages contractés entre protestants dans les Provinces-Unies. Quant à la validité des mariages mixtes contractés dans les mêmes régions, Benoît XIV, dans son traité *De*

ante civiles motus publicatum fuisset decretum, de quo agitur, cum nondum exorta neque ibi constituta tunc esset altera illa hæreticorum societas, hæc ipsis minime videbatur ejusmodi decreti publicatione adstringi potuisse. »

1. Schulte et Richter, p. 324; on trouve dans ce recueil toutes les pièces de cette cause célèbre, p. 298 et s., n° 176. — Cf. *De synodo diœces.*, l. VI, c. VI, n° 5, 12.

2. Schulte et Richter, p. 326.

3. *De synodo diœces.*, l. VI, c. VI, n° 13 : « Extensio autem decreti ad catholicorum matrimonia ideirco absurda et mali exempli extitisset... quod... Tridentini concilii decretum... in peculiaribus eorum parochiis, saltem postquam provinciæ fœderati Belgii a catholici principis dominatione in hæreticorum potestatem transierunt, publicatum fuisse constet. »

4. Schulte et Richter, p. 354 (§ 17) : « Ex verissimis siquidem argumentis conjecturisque probatum est concilium Tridentinum, quum novum illud dirimens impedimentum constituit, decretum suum ad ea matrimonia non extendisse quæ diceptioni a nobis a. 1741 solutæ occasionem dedere. »

synodo diocesana, la rattache à l'indivisibilité du mariage. Le mariage clandestin, étant valable par rapport au conjoint hérétique, l'est également par rapport au conjoint catholique ¹. Mais cette dernière justification, qui était déjà celle fournie par Van Espen, et que Benoît XIV donne comme docteur, non comme législateur, est contestée par certains canonistes modernes ².

De ces motifs, il semble résulter que, là où les conditions sociales et religieuses et les précédents historiques sont les mêmes que ceux constatés dans les Provinces-Unies, le droit contenu dans la déclaration de Benoît XIV doit être considéré comme applicable. Cependant le Saint-Siège a décidé que la déclaration ne serait applicable que là où une décision pontificale en aurait expressément étendu les effets ³. Mais, de cette manière, la déclaration a été successivement étendue à un grand nombre de pays protestants ⁴.

Le droit canonique moderne a trouvé, d'ailleurs, plus d'un détour pour considérer comme valables les mariages clandestins contractés par des protestants en pays protestant. Le procédé le plus fréquent consiste à considérer comme douteuse la publication régulière du concile de Trente dans le pays. Tantôt il n'est pas démontré que la publication ait été dûment faite dans les temps anciens; tantôt les publications qui ont été faites, dans les temps modernes, pour les paroisses des catholiques, sont considérées comme n'obligeant pas les protestants qui habitent le même pays ⁵. L'idée exprimée dans

1. L. VI, c. vi, n° 12 : « Quoniam, cum conjugum alter, tum ratione loci in quo habitat, tum ratione societatis in quo vivit exemptus sit a Tridentinæ synodi lege, exemptio qua fruitur alteri parti communicata remanet, propter individuitatem contractus. »

2. Feije, *De impedimentis*, n° 315-318.

3. Feije, *De impedim.*, n° 309 : « Sæpius edixit sedes ap. declarationem Benedicti non posse aliis regionibus applicari, nisi hoc ipsa s. sedes pronuntiaverit et Benedictinam declarationem ad eas regiones extenderit. »

4. Schulte et Richter, p. 326, n° 177. — Feije, *De impedim.*, n° 322 et s.

5. Feije, *De impedim.*, n° 309 et s.

la bulle de Benoît XIV, que le concile de Trente n'a pas entendu étendre l'empêchement de clandestinité à tous les mariages contractés dans les états hérétiques, permet bien des accommodements ¹.

Benoît XIV, dans son traité *De synodo diœcesana*, examine aussi, quant à l'*impedimentum mixtæ religionis* et quant au mariage des hérétiques, une question dont l'importance a été très grande, avant l'institution de l'état civil, dans les pays catholiques où les protestants étaient tolérés en fait, sans que l'exercice de leur culte leur fût accordé en droit. Les protestants, dans ces conditions, n'avaient qu'un moyen de contracter des mariages légitimes, c'était de cacher leur foi véritable et de se présenter devant le *parochus* pour contracter comme catholiques, soit qu'ils contractassent entre eux ou avec une partie véritablement catholique ². Alors qu'aucune dénonciation ou opposition n'avait été faite, le prêtre, qui connaissait par devers lui la qualité réelle des parties, devait-il prêter son ministère? D'après une opinion, il devait se taire et assister au mariage, car disait-on, même l'eucharistie n'est pas refusée aux pécheurs occultes, lorsqu'ils se présentent pour la recevoir ³. C'est la conduite que le clergé tint tout d'abord en

1. Feije, *De impedim.*, n° 309 : « Longa itaque de validitate matrimoniorum ab hæreticis initorum disputatio impune, imo opportunius hic omititur, quum manifestum sit ejusmodi matrimonia non posse de facto generaliter dici invalida nec generaliter valida, sed eorum validitatem omnino pendere ex circumstantiis in quibus hæretici versantur. »

2. *De synodo diœces.*, l. VI, c. VII, n° 6 : « Loca non desunt, in quibus etiamsi alia religio, præter sanctam catholicam Romanam, non toleretur complures tamen occulte vivunt ab illius communione extranei, qui catholicorum præ se speciem ferentes matrimonia cum catholicis ineunt; eaque occasione catholicis parochus arcessitur, qui matrimonii celebrationi assistat, licet hic privata scientia satis superque compertum habeat alterum ex contrahentibus hæreticum esse. »

3. *Ibid.* : « In arduis hujusmodi circumstantiis, sunt qui contendunt debere parochum, nulla opposita difficultate vel mora, matrimonio assistere nec in occultam contrahentium fidem subtilius inquirere, quamvis matrimonium inter sacramenta vivorum connumeretur; cum etiam eucharistia, quæ vivo-

France à l'égard des protestants, après la révocation de l'édit de Nantes, et lorsque les déclarations royales du commencement du XVIII^e siècle eurent posé cette présomption légale qu'il n'y avait plus de protestants en France, mais seulement des anciens catholiques et des nouveaux convertis¹. Mais cela était énergiquement contesté d'un autre côté. Benoît XIV, visant directement le cas d'un mariage mixte, projeté entre une catholique et un hérétique occulte, invoque le principe d'après lequel le *parochus* doit refuser son assistance au mariage, toutes les fois qu'il y connaît, même simplement de science privée, un empêchement seulement prohibitif². Mais sa doctrine va plus loin ; car, pour la justifier, il invite les évêques à faire des statuts synodaux, d'après lesquels les personnes soupçonnées d'hérésie occulte ne seraient admises à recevoir les sacrements, et spécialement celui de mariage, qu'après avoir justifié de leur foi catholique d'une manière déterminée³. C'était rendre impossible les mariages des protestants de fait devant le curé catholique. Les curés refusèrent en effet en France, au cours du XVIII^e siècle, de célébrer de

rum sacramentum est, peccatoribus occultis, cum ad eam recipiendam publice accedunt, non denegetur, juxta doctrinam sancti Thomæ, *III part.*, quæst., 80, art. 6. »

1. *Mémoires sur le mariage des protestants*, 1785 et 1786.

2. *Ibid.* : « Contra autem alii reputantes, quod in sacramento matrimonii, tenetur parochus suam assistentiam denegare, si noverit privata etiam scientia impedimentum aliquod adesse, nedum dirimens, sed vel dumtaxat impediens, ut puta sponsalia cum aliis præcedenter contracta vel votum simplex castitatis ab alterutro contrahentium emissum... eadem ratione docent atque contendunt se debere gerere parochum, qui advocatur ad assistendum matrimonio, in quo ipsi constat, quantumvis privata scientia, alterum ex contrahentibus, pro orthodoxo publice habitum, hæreticæ sectæ occulte adhærere. »

3. *Ibid.*, n° 7 : « Episcopis, in quorum diœcesibus hæretici, cum publice versari non permittantur, occulte vivunt, magnopere suademus ut sive in synodis, sive alia quacumque opportuna ratione, certas præcipient regulas de his quæ præstari debeant ab illis omnibus qui occultæ hæresis suspicione laborant, antequam parochi ad sacramenta illos admittant, atque adeo antequam eorum matrimoniis assistant. »

semblables unions, bien que les protestants n'eussent plus d'autre manière de contracter un légitime mariage. L'autorité de Benoît XIV, adoptant cette seconde opinion ¹, fut peut-être d'un grand poids dans ce revirement de la pratique suivie par le clergé français.

1. *De syn. diœces.*, VI, c. VII, n° 7 : « Altera sententia non solum priore tutior sed etiam communior est. » [Sur le mariage des protestants, Tail-landier, *Le mariage des protestants sous l'Ancien Régime*, Clermont-Ferrand. 1919 (thèse Poitiers).]

CHAPITRE V

La théorie des anciens empêchements. — Les actions en nullité.

SECTION PREMIÈRE : *Les empêchements dirimants visés par le concile de Trente.*

— I. L'*impedimentum voti et ordinis*. — II. Le *raptus* : les mariages contractés par ordre des puissances temporelles. — III. Les empêchements fondés sur la parenté et l'alliance : la *consanguinitas*; la *cognatio spiritualis*; l'*affinitas ex copula illicita*; la *justitia publicæ honestatis*.

SECTION DEUXIÈME : *Les empêchements dirimants non visés par le concile de Trente.* — I. Le *dispar cultus*. — II. L'impuissance, la constitution de Sixte-Quint. — III. La preuve par le congrès. — IV. La jurisprudence moderne sur l'impuissance.

SECTION TROISIÈME : *Les empêchements prohibitifs.* Le *tempus feriarum*. Les autres empêchements prohibitifs.

SECTION QUATRIÈME : *Les actions en nullité.* La compétence exclusive de l'évêque. La constitution de Benoît XIV ; le *defensor matrimonii*; la nécessité de deux jugements conformes.

La réforme capitale opérée par le concile de Trente dans la théorie du mariage est celle dont je me suis occupé jusqu'ici : la prohibition et l'annulation des mariages clandestins. Mais, à côté du nouvel empêchement qu'il créait ainsi, le concile a également visé un certain nombre des empêchements existant dans le droit antérieur, soit simplement pour les confirmer en face des attaques nouvelles, soit pour en modifier les règles. D'autre part, les empêchements sur lesquels n'a pas statué le concile ne sont pas tous restés purement et simplement sous l'empire du droit ancien : quelques-uns ont été modifiés, d'une manière plus ou moins profonde, par la législation postérieure ou par la jurisprudence. Ce sont là autant de

points qui demandent des explications. J'étudierai d'abord les dispositions du concile sur les empêchements dirimants ; j'examinerai ensuite les empêchements dirimants qu'il a passés sous silence, mais qui cependant ont subi des retouches postérieures de quelque importance ; je parlerai enfin des empêchements prohibitifs. J'y joindrai quelques renseignements qui concernent les actions en nullité de mariage ¹.

SECTION PREMIÈRE

Les empêchements dirimants visés par le concile de Trente.

Le concile de Trente, par une disposition générale, qui est l'un de ses canons, a confirmé dans son ensemble la théorie des empêchements dirimants, telle que l'avait construite le droit canonique. Il déclare que l'Église a eu le pouvoir de les établir et qu'elle n'a point erré en les établissant ; il lance l'anathème contre ceux qui professeraient l'opinion contraire ². C'était la réponse aux attaques des écoles protestantes, spécialement aux critiques de Calvin citées plus haut ³. Mais il reprend à nouveau un certain nombre d'empêchements particuliers : l'un, pour lui donner une confirmation spéciale, les autres, pour les modifier.

I

Parmi les empêchements dirimants fondés sur une idée d'incapacité, le concile de Trente n'en a visé que deux, qu'il

1. [Sur la notion d'empêchement : A. Villien, *L'empêchement de mariage, Sa notion juridique d'après l'histoire*, dans *Le canoniste contemporain*, 1903, p. 420 ; Weber, *Die kanonische Ehehindernisse*, 1898.]

2. Sess. XXIV, *De sacr. matr.* (Schulte et Richter, p. 214), c. iv : « Si quis dixerit Ecclesiam non potuisse constituere impedimenta matrimonium dirimentia vel in iis constituendis errasse : anathema sit. »

3. T. II, p. 156.

a compris dans une seule et même disposition ¹ : l'*impedimentum voti solemnitis* et l'*impedimentum ordinis*. Il s'agissait pour lui de statuer sur la question du célibat des prêtres, qu'avaient rouverte les discussions du xv^e siècle et la Réforme. A ce point du développement historique de l'Église catholique, la solution n'était point douteuse. Le concile frappa d'anathème ceux qui prétendaient que les clercs *in sacris*, ou les religieux ayant prononcé un vœu solennel de chasteté, pouvaient contracter un mariage valable. Il visa en même temps les raisonnements par lesquels les hérétiques attaquaient le célibat forcé, disant que c'était condamner le mariage, et que le don de chasteté n'était pas donné à tous, même à ceux qui le désiraient ².

Cette solution, je le répète, était dictée d'avance au concile. Cependant, dans les discussions des *theologi minores*, le débat sur ce point fut très ample ³; mais il s'agissait seulement de justifier, contre les raisonnements protestants, une thèse acceptée par tous ⁴.

1. [Sur l'empêchement d'ordre : L. Gaugusch, *Die Ehehinderniss der höheren Weihe*, Vienne, 1902; Dujon, *De l'empêchement de mariage qui résulte des ordres sacrés dans l'histoire du droit*, Paris, 1902; H. Auffroy, *Le célibat des prêtres*, dans *Etudes*, 1912. — Sur l'empêchement de vœu : Scharnagl, *Die feierliche Gelübde als Ehehinderniss in seiner geschichtlichen Entwicklung*, Strassb. *Theol. Studien*, IX, 1908.]

2. Sess. XXIV, *De sacr. matr.* (Schulte et Richter, p. 215), c. ix : « Si quis dixerit clericos in sacris ordinibus constitutos vel regulares castitatem solemniter professos posse matrimonium contrahere, contractumque validum esse, non obstante lege ecclesiastica vel voto, et oppositum nihil aliud esse quam damnare matrimonium, posseque omnes contrahere matrimonium, qui non sentiunt se castitatis, etiam si eam voluerint, habere donum : anathema sit, cum Deus id recte petentibus non denegat nec patiatur nos supra id quod possumus tentari. »

3. Theiner, II, p. 251-262; Ehses, *Concil. Trident.*, IX, p. 429 et s.

4. D'après Paolo Sarpi, dans cette discussion, des voix se seraient élevées pour la suppression de la loi du célibat; l. VII, c. lxx : « Si trascorse a parlar, se fosse ben in questi tempi dispensare, ovvero levar il precetto della continenza a sacerdoti... Furono dette molte ragioni a persuader che fosse concesso, le quali se resolvano in due : nel scandalo che davano li sacerdoti

Plusieurs orateurs affirmèrent, il est vrai, que le pape ou le concile œcuménique pouvaient abroger par disposition générale la loi du célibat ¹; mais ils contestaient l'utilité de cette abrogation. A peine quelques-uns admettaient-ils que la règle pouvait être écartée en faveur d'un pays déterminé et par mesure générale, s'il n'y avait pas d'autre moyen de maintenir ou de rétablir l'union avec l'Église catholique ². C'est à peu près dans le même sens qu'on reconnaissait la légitimité de la discipline suivie par l'Église orientale ³.

incontinenti, e nella penuria di persone continenti, atte ad esercitar il ministerio; ed era in bocca di molti quel celebre detto di papa Pio II, *che il matrimonio per buona ragione fu levato della Chiesa occidentale a preti, ma per ragione più potente conveniva renderglielo*. Da quelli di contrario parere si diceva, che non è da savio medico guarir un malo con causarne un peggiore. » — Mais les *Acta*, tout en contenant parfois quelques-unes des considérations relevées dans ce passage, ne montrent aucun orateur prenant en main la cause du mariage des prêtres.

1. *Ferd. Tricius* (Theiner, II, p. 259; Ehses, IX, p. 444) : « An autem papa vel concilium possit abrogare hanc legem, et dispensare cum presbytero ut ducat uxorem, respondit papem et concilium hoc posse. Nam, circa legem humanam, papa et concilium potest dispensare; cœlibatus autem sacerdotum est de jure ecclesiastico... An autem expediat dispensare hoc quæsitum natum est quia aliqui tenent hoc esse dispensabile; respondit non expedire, quia non expedit agere contra consuetudinem Ecclesiæ et decreta majorum. » — *Ricardus de Prato* (Theiner, II, p. 252; Ehses, IX, p. 432) : « An autem expediat hunc canonem Ecclesiæ super continentia relaxare et dispensare, respondit : in universum relaxari non potest. Nam corpus mysticum Christi oportet ut habeat omnia dona Spiritus Sancti... neque enim majorum statuta abrogari sed firmari debent. » — *Michael de Medina* (Theiner, II, p. 253; Ehses, IX, p. 435) : « Est indispensabile in universali, id est de abrogatione legis, non autem cum privatis. »

2. *Franciscus Ferrerius* (Theiner, II, p. 258; Ehses, IX, p. 443) : « Si nullum igitur aliud remedium esset, ut aliqua provincia reduceretur, Ecclesia potest dispensare cum sacerdotibus ut ducant uxores, et qui hoc negat suspectus est de hæresi. » — Cf. *Claudius de Saintes* (Theiner, II, p. 255; Ehses, IX, p. 439) : « Potest tamen Ecclesia aliquos tolerare, et dissimulare propter majus bonum, ut fit cum Græcis. »

3. *Franciscus Ferrerius* (Theiner, *Acta*, II, p. 257; Ehses, IX, p. 442) : « Cum Græci in concilio Florentino uniti sunt cum occidentalibus, nulla mentio facta est de uxoribus sacerdotum. Non est autem verisimile, si Ecclesia

D'ailleurs, dans ce débat, l'on ne discuta pas à fond les inconvénients que présentait en fait, au point de vue social, le célibat forcé et qu'avaient si nettement signalés les auteurs du xv^e siècle.

On répondait aux objections de cette nature par des considérations générales sur les abus inévitables qu'entraîne la meilleure législation ¹.

Mais si le concile n'hésita aucunement sur le maintien de la règle, il pouvait hésiter quant au principe qui lui servait de fondement. C'était un point assez important et qu'il devait déterminer : à cet égard, en effet, deux conceptions bien distinctes étaient produites et divisaient les théologiens et les canonistes.

D'après l'une, soutenue surtout par des théologiens, le célibat des prêtres et l'*impedimentum ordinis* sont de droit divin. Ils reposent sur une incompatibilité naturelle, établie par la loi divine, entre le mariage et le sacerdoce. Cette thèse, qui compte des partisans assez notables ², trouva des défenseurs au concile, mais en petit nombre ³. Ils dégagèrent les

credidisset Græcos uxoratos permanere in peccato, quod aliquid dictum non fuisset. »

1. *Didacus de Payva* (Theiner, II, p. 262; Ehses, IX, p. 470) : « Et cum opponunt sacerdotes non observare de facto continentiam, dixit : huic argumento respondendum esset operibus non verbis. Præterea leges non sunt conferendæ cum abusibus, sed cum decentia status, ut alia munia sacerdotum, ut orare, prædicare, etc., quæ non sunt auferenda, quia a multis non præstantur, vel, quia multi perjurant, amovendum sit juramentum. » — *Justinopolitanus* (Theiner, II, p. 349; Ehses, IX, p. 706-7) : « Et dixit contra eos qui dixerunt : loquantur cubicula regularium an servetur castitas, allegans Augustinum dicentem : quando fideliter oramus semper datur donum castitatis. »

2. Voyez les auteurs cités par Sanchez, *De sacr. matr.*, l. VII, disp. XXVII, n^o 4.

3. *Ricardus de Prato* (Theiner, II, p. 251; Ehses, IX, p. 429) : « Ad art. 1, an sacerdotes cælibes esse debeant, respondit id esse juris divini ut cælibes maneant, sed dispensabilis... ut ea quæ habentur ex communi consensu et auctoritate Ecclesiæ sint de jure divino, sicut multa quæ tantum habentur auctoritate Ecclesiæ, ut jus divinum servatur scilicet uni-

conséquences assez importantes qui en résultent au point de vue juridique. La plus notable, c'est que la règle, étant conçue comme dérivant du droit divin, ne pourrait être abrogée par l'autorité ecclésiastique; l'Église n'aurait pas le droit de supprimer le célibat des prêtres¹. On pouvait aussi, d'après les règles de la logique, en déduire l'impossibilité, même pour le pape, d'accorder la dispense de cet empêchement; mais, sur cette conséquence, tous ceux qui soutenaient le principe n'étaient pas d'accord². C'est un point que nous retrouverons plus loin.

L'autre conception porte que le célibat des prêtres et l'*impedimentum ordinis* ne sont point de droit divin et ont été simplement introduits par la loi humaine de l'Église, *lex ecclesiastica*. Il en résulte que cette législation pourrait défaire ce qu'elle a fait et supprimer le célibat ecclésiastique; il en résulte aussi que, sans difficulté, le pape peut accorder la dispense de l'*impedimentum ordinis*. Cette thèse présentait encore le double avantage de se concilier avec le développement his-

versalis Ecclesiæ consensus. » — *Michael de Medina*, ord. præd. (Theiner, II, p. 253; Ehses, IX, p. 433-4) : « Quoad 2 art. cælibatus est annexus sacerdotio... sacerdotes igitur post ordinem susceptum jure divino et apostolica traditione prohibentur ducere uxores. Uxorati autem tenentur abstinere ab uxoribus ordine ecclesiastico. » — *Virdunensis* (Theiner, II, p. 324; Ehses, IX, p. 657); — *Senonensis* (Theiner, II, p. 393; Ehses, IX, p. 183) : « Ubi dicitur lege ecclesiastica, dicatur sacra ordinatione. »

1. *De Prato* (Theiner, II, p. 252; Ehses, IX, p. 432) : « An autem expediat hunc canonem Ecclesiæ super continentia relaxare et dispensare, respondit : in universum relaxari non potest... Nam Patres in Ephesina synodo ante omnia antiquos canones renovarunt non abrogarunt, quod facere debet etiam concilium Tridentinum. » — *Medina* (Theiner, II, p. 253; Ehses, IX, p. 435) : « In utroque casu est indispensable in universali, id est de abrogatione legis, non autem cum privatis. »

2. *De Prato* (Theiner, II, p. 254; Ehses, IX, p. 430) : « Cum dicunt continentiam sacerdotum haberi ex traditione apostolica, ergo de jure divino, ergo indispensable : respondit id non sequi; nam multa dispensantur quæ sunt ex traditione apostolica ut jejuniæ quartæ feriæ, Quadragesimæ, bigamiæ, super quibus dispensatur; ut etiam quod mulier oret aperto capite et similia. » — Cf. les notes suivantes.

torique¹, et de permettre à l'Église romaine une tolérance sage et politique des usages de l'Église grecque. C'est elle qui compte dans la doctrine le plus grand nombre de partisans². C'est en sa faveur que se prononcèrent les principaux orateurs dans les congrégations des *theologi minores*³.

C'est sûrement cette opinion que le concile a entendu con-

1. *Brochot*, doctor Parisiensis (Theiner, II, p. 254; Ehses, IX, p. 436) : « Votum enim pedetentim Spiritus Sancti instinctu... introductum est. »

2. *Sanchez, De sacr. matr.*, l. VII, disp. XXVII, n° 5.

3. *Franc. Ferrerius* (Theiner, II, p. 257; Ehses, IX, p. 441-2) : « Neque enim est de jure divino scripto neque jure divino ex traditione. Nan vera traditio habetur a summis pontificibus qui non existimarunt id esse ex jure divino. Ergo id non est ex jure divino. Neque possibile est Ecclesiam novam aliud credere quam crediderit Ecclesia vetus : Ecclesia autem vetus non credidit id esse de jure divino... Et cum Græci in concilio Florentino uniti sunt cum occidentalibus, nulla mentio facta est de uxoris sacerdotum. Non est autem verisimile si Ecclesia crediderit Græcos uxoratos permanere in peccato quod aliud dictum non fuisset. Prætera papæ super matrimonio sacerdotum dispensarunt, quod non fecissent si jure divino fuisset, et B. Thomas credidit esse jure humano et idem Chrysostomus in homilia *De patientia Job*... Ecclesia igitur illegitimavit personas, et sicut fecit ut ea illegitimitas esset annexa ordini, ita posset Ecclesia illam illegitimationem amovere; potest igitur papa dispensare cum sacro homine ut matrimonium contrahat. » — *Ant. Solisius* (Theiner, II, p. 250; Ehses, IX, p. 429) : « Non igitur ordo sacer ex se repugnat matrimonio sed ex statuto Ecclesiæ, quod statutum papa relaxare potest. » — *Joh. Lebera* (Theiner, p. 255; Ehses, IX, p. 440) : « Si autem ordinatus de facto contraheret matrimonium non teneret, sed non de lege divina, quæ prohibet quidem contrahendum in ordinatis, sed non dirimit contractum : ille tamen peccaret sic contrahens, quia faceret contra legem divinam, quæ tamen non dirimit contractum. Neque etiam hujusmodi matrimonium esset nullum ratione voti, ut si quis fictive voveret in ordinatione habens intentionem contrahendi. Tale autem matrimonium nullum est propter legem ecclesiasticam illegitimantem, sicut est in gradibus prohibitis. Conjugatis autem licuit et licet transire ad ordines, sed non licere neque unquam licuisse post ordinem susceptum uti uxoris. Nam si liceret, non est ratio differentię quare non liceat ordinatis contrahere. » — *Ferd. Tricius* (Theiner, II, p. 258; Ehses, IX, p. 444) : « Non est igitur ex institutione Christi ordini sacro cælibatus annexus. Nam Christus elegit apostolos uxores habentes... In primitiva etiam Ecclesia admittebantur uxorati ad ordinem sacrum, neque dicendum

acer; cela résulte des termes du canon 9, *De sacramento matrimonii*, plus haut cité ¹, qui fait dériver de la loi ecclésiastique la nullité du mariage contracté par le clerc *in sacris constitutus* ².

Mais il y a lieu de se demander si le concile a pris également parti sur une autre question. Les canonistes anciens avaient, nous le savons ³, deux explications pour asseoir juridiquement l'*impedimentum ordinis*. Suivant les uns, il dérivait d'une disposition directe et impérative de la *lex ecclesiastica*, qui rendait le clerc incapable de se marier dès qu'il recevait l'ordre de sous-diacre. Selon les autres, la nullité du mariage dérivait ici du vœu solennel de chasteté, que le clerc était présumé avoir toujours prononcé en entrant dans les ordres sacrés. Sans avoir une grande importance, cette divergence n'était pas cependant indifférente : si l'empêchement se dérive que du vœu tacite ou exprès, on peut se demander si l'ignorance, ou une volonté contraire quant à ce vœu, chez le clerc ordonné, n'aura pas pour effet de faire disparaître l'*impedimentum* ⁴. De ces deux explications, celle qui préva-

est Ecclesiam fecisse contra Christi institutionem, et Græci etiam non permitterentur, si facerent contra Christi institutionem, et nonnulla concilia de sacerdotibus uxoris constituerunt, quod non fecissent si id esset de jure divino. Post divulgatum autem decretum Ecclesiæ id constituentis, cælibatus est annexus ordini sacro, ut Beda super verbis Christi : qui potest capere capiat, declarat; nam qui ordinatur consentit voto continentiæ. »

1. T. II, p. 269, note 2.

2. *Contractumque validum esse non obstante lege ecclesiastica*. — Cependant il est intéressant de relever sur ce point une observation finale du cardinal de Lorraine (Theiner, II, p. 463; Ehses, IX, p. 970) : « In canone non placet quod dicitur, non obstante lege ecclesiastica; si tamen majori parti Patrum placuerit, approbabo canonem, sed eo sensu, quo scriptus est et a Patribus approbatus, quorum hanc mentem fuisse non animadverti, ut vellent decernere legem cælibatus esse legem ecclesiasticam, cum hæc proposita fuerit hæc quæstio, nec a Patribus disputata; sed tantum verba Lutheri posita fuerint, videlicet non obstante lege ecclesiastica, vel voto, cujus error ipsius verbis positus juste fuit a Patribus damnatus. »

3. Ci-dessus, t. I, p. 330.

4. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. VII, disp. XXVII, n° 10, 11.

lait dans le droit antérieur, c'était la seconde; et des décrétales avaient formellement rattaché au *votum* l'incapacité du prêtre de contracter mariage ¹. Dans les travaux préparatoires du concile de Trente, les deux conceptions se retrouvèrent côte à côte ². Il semble cependant que ce soit la première, celle qui fait directement intervenir la *lex ecclesiastica*, qui a été adoptée par lui. Sans doute, le canon mentionne le *votum* à côté d'elle, comme cause de nullité du mariage contracté ³, mais ces deux termes doivent être entendus distributivement. Le texte visant à la fois, dans une seule disposition, le mariage contracté par un clerc *in sacris constitutus*, et celui contracté par un religieux *solenniter castitatem professus*, la *lex ecclesiastica* se rapporte au premier et le *votum* seulement au second. On peut cependant objecter que, pour le clerc *in sacris*, le *votum* est tacite et présumé, et que cette présomption a été introduite par la *lex ecclesiastica*, qui n'a ainsi introduit que médiatement l'*impedimentum*.

Pour déterminer la portée du canon sur le mariage des prêtres, deux observations sont encore nécessaires.

En premier lieu, la condition, quant au mariage, des clercs *in minoribus ordinibus constituti* n'a point été modifiée. Ils peuvent toujours valablement contracter mariage, et le concile, dans une disposition qui a pour objet de restaurer les fonctions des ordres mineurs, localement tombées en désuétude, déclare qu'elles pourront être remplies par des clercs mariés à défaut de célibataires ⁴. Dans un autre passage, il statue sur

1. C. VI, *De cler. conj.*, III, 3; c. un., VI, *De voto*, III, 15.

2. Voyez pour la *lex ecclesiastica* le passage de *Lobera* cité plus haut (t. II, p. 244, note 4); pour le *votum*, *Brochot* (Theiner, II, p. 253; Ehses, IX, p. 436) : « Quod autem in ordinatione sacerdotum adsit votum, patet ex verbis ordinantis, cum dicit : Si promittitis castitatem ordinabimini, sin autem, etc. Quod explicatur in c. *Nullum*, D. XVIII ».

3. « Contractumque validum esse non obstante lege ecclesiastica vel voto. »

4. Sess. XXIII, *De reform.*, c. xvii (Schulte et Richter, p. 208-209) : « Quod si ministeriis quatuor minorum ordinum exercendis clerici cælibes præsto non erunt, suffici possint etiam conjugati vitæ probatæ, dummodo non bigami,

les conditions qui sont exigées pour que les clercs mariés jouissent du *privilegium fori* ¹.

Secondement, le canon du concile ne contient point la condamnation des usages propres à l'Église grecque. Le célibat n'étant fondé que sur la *lex ecclesiastica*, la coutume a pu introduire pour cette Église un droit contraire. Dans les articles présentés aux *theologi minores*, il y avait même une réserve formelle dans ce sens au profit de l'Église orientale ² : elle se retrouvait aussi dans le projet présenté en première lecture aux Pères du concile ³. Mais il fut fait quelques observations. On fit remarquer, en particulier, que la proposition contenue dans le canon était vraie, même des prêtres orientaux : en effet, elle avait pour but principal d'affirmer la nullité du mariage contracté par le clerc *in sacris*; or, nous le savons, l'Église orientale professe la même doctrine ⁴. A la seconde lecture, le texte prit l'expression générale qu'il a conservée ⁵, mais son esprit n'en est pas moins certain.

Chose digne de remarque, le canon du concile ne paraît pas avoir été considéré par les contemporains comme ayant clos définitivement le débat. De Thou, dans sa grande histoire, raconte qu'en 1564 l'empereur d'Allemagne et l'archiduc de

ad ea munia obeundi et qui tonsuram et habitum clericalem in Ecclesia gestent. »

1. Sess. XXIII, *De reform.*, c. vi (Schulte et Richter, p. 182).

2. Theiner, II, p. 232; Ehses, IX, p. 380, art. VI : « Si quis dixerit licite contrahere posse matrimonium sacerdotes occidentales, non obstante voto vel lege ecclesiastica, et oppositum nihil aliud esse quam damnare matrimonia, posseque omnes contrahere matrimonium qui non sentiunt se habere donum castitatis. »

3. Theiner, II, p. 313; Ehses, IX, p. 640, art. VII : « Si quis dixerit clericos occidentales in sacris ordinibus constitutos vel religiosos castitatem solemniter professos posse matrimonium contrahere, etc. »

4. *Cretensis* (Theiner, p. 315; Ehses, IX, p. 644) : « In VII tollatur occidentales, cum sit verus etiam de orientalibus. » — Voyez cependant *Granatensis*, Theiner, II, p. 315; Ehses, IX, p. 644 : « In VII non debere tolli occidentales, quia Græci sacerdotes contrahentes habent rata matrimonia, non obstante quod priventur. » — Cf. ci-dessus, t. I, p. 318.

5. Theiner, *Acta*, II, p. 335.

Bavière adressèrent au pape diverses demandes. L'une d'elles contenait deux chefs : on demandait d'abord que les prêtres, qui s'étaient séparés de l'Église catholique et avaient contracté mariage, pussent faire leur soumission tout en gardant leurs épouses ; en second lieu, on aurait voulu que, dans les régions où le recrutement du clergé était difficile, le ministère de l'autel pût être rempli par des laïques, c'est-à-dire par des gens mariés, dûment ordonnés par les évêques ¹. Le pape repoussa énergiquement cette dernière demande ; mais l'empereur ne se tint pas pour battu. Il adressa au pape des lettres dans lesquelles il était dit qu'il était nécessaire de relâcher la règle du célibat dans certaines provinces déterminées ; et il y joignit un mémoire en faveur du mariage des prêtres dont de Thou donne l'analyse : il pria le pape de communiquer ce mémoire aux cardinaux ². De Thou ajoute que le pape, fort des décisions du concile, ne voulut point aborder la question ³. Paolo Sarpi dit cependant que le pape était disposé à réunir dans la ville de Rome les hommes les plus instruits de toutes les nations

1. Thuani, *Historiarum sui temporis libri CXXVIII*, edit. Genevæ, 1626, l. XXXVI, c. xxxviii, t. II, p. 304 : « Tum etiam petebant ut ratio iniretur, qua non solum sacerdotes qui, assertis suis conjugii se ipsos ab Ecclesiâ separassent, retentis utcumque in contubernio assertis, Ecclesiâ reconciliari possent, sed etiam benigne indulgeretur ut, ad exiguas catholicæ religionis reliquias conservandas, iis locis in quibus presbyteri eo numero, qui sufficiat, haberi non possunt, ab episcopis viri laici justæ ætatis ac doctrinæ et vitæ inculpatæ ac bonæ famæ ad ministerium altaris et alia sacerdotalia munera ordinari et admitti queant. Et alterum quidem concessit pontifex alterum omnino negavit. » — Cf. Paolo Sarpi, l. VIII, c. LXXXVIII.

2. *Ibid.*, p. 305 : « Quapropter Maximilianus Cæsar per Prosperum Arcuensem comitem datis ad pontificem litteris IV kal. decemb. cum eo egerat ut, quod ad sacerdotum conjugia, aliquid de severitate remitteret, et Noricis, Boiis, Quadis, Marcomannis et Pannonis ea in re gratificaretur... Addita erat litteris succinta argumentorum pro sacerdotum matrimonio contra cælibatum enarratio, cum mandato ut brevi ille commentarius cardinalibus communicaretur. »

3. *Loc. cit.*, p. 306 : « Quibus tamen rationibus et argumentis, quantumvis instante Cæsare et reipsa urgente, nihila pontifice, jam post concilium semel dimissum securo, impetrari potuit. »

pour examiner mûrement ce problème, mais que le cardinal Simoneta l'en dissuada, en lui montrant que ce serait là une sorte de concile, où les députés viendraient avec des instructions de leurs princes, et qu'il serait difficile de dissoudre à volonté ¹. Le pape aurait seulement communiqué à dix-neuf cardinaux le mémoire envoyé par l'empereur.

II

Le concile de Trente n'a point statué sur les empêchements anciennement admis et tenant à un vice de consentement ²; il a laissé intacte leur théorie, telle qu'elle a été précédemment exposée.

Mais il a édicté deux dispositions destinées à assurer la pleine et véritable liberté du consentement dans les mariages. L'une de ces dispositions, la plus importante, a créé un nouvel empêchement ou plutôt restauré un empêchement dirimant que le droit canonique avait connu dans les temps anciens, mais qui s'était peu à peu affaibli, puis enfin évanoui.

1. *Op. cit.*, l. VIII, c. LXXXVIII : « Attese queste rimonstranze, il pontefice era di parere di congregar in Roma nomini pii e letterati di tutti le nazione per trattar questo punto con maturita, e già ne aveva parlato con gli ambasciatori appresso se residenti. Ma dal cardinal Simoneta fu dissuaso, il qual racordo che quella sarebbe una specie di concilio, et se di Francia, Spagna e Germania e d'altrove fussero venuti, averebbono portato intelligenze e istruzioni de' principi, et per li rispetti di quelli si sarebbono governati e averebbono parlato; e quando la Santità Sua avesse voluto difarsi di loro e licenziarli, non averebbe potuto farlo a suo bene placito; che se non avesse seguito il parer loro, sarebbe stato con digusto dei principi : raccordassesi le molestie sostenute per causa del concilio e se non mettesse in simil pericoli. »

2. Ci-dessus, t. I, p. 334 et s. [G. Streibel, *Die Scheinehe in ihrer geschichtlichen Entwicklung*, Diss. Breslau, 1917; Sehling, *Zur Lehre von der Willensmangeln im kanonischen Rechte*, dans *Erlangen Festschrift*, II, p. 79 et s.; Gaugusch, *Das Irrtum als Chehinderniss*, Vienne, 1899; Fr. Thaner, *Die Litterar-geschichtliche Entwicklung der Lehre von Error qualitatis redundans in personam und von Error conditionis*, Vienne, 1900.]

Le rapt, on l'a vu plus haut¹, avait réellement cessé d'être un empêchement de mariage dans le droit canonique classique : la jeune fille ravie pouvait valablement épouser son ravisseur, de sa seule et libre volonté. Le concile de Trente réagit contre ce droit complaisant, sans qu'on puisse dire exactement sous quelle influence. Un projet fut soumis aux Pères, qui modifiait en un double sens la législation antérieure. 1° Était déclaré nul le mariage contracté entre le *raptor* et la fille enlevée, tant que la seconde était au pouvoir du premier; le consentement donné par elle dans ces conditions était rendu inefficace. 2° Si la fille ravie, rendue à la liberté et pleinement libre, voulait épouser son ravisseur, celui-ci devait être contraint de l'épouser². Cette seconde règle avait été inspirée peut-être par une réminiscence de l'antiquité classique : l'obligation pour le ravisseur d'une fille, ou pour celui qui la viole, d'épouser sa victime, lorsque celle-ci demande cette réparation, revient fréquemment dans les *declamationes* de Quintilien et de Sénèque le Rhéteur³. Dans le projet proposé au concile, lorsque le ravisseur était un clerc, elle était remplacée par l'obligation de doter convenablement la fille ravie, obligation qui figure aussi, cumulative-

1. Ci-dessus, t. I, p. 435 et s.

2. Theiner, p. 337; Ehses, IX, p. 684, *Canones super abusibus circa sacramentum matrimonii*, vii : « Decernit s. sydonus inter raptorem et raptam, etiam raptæ consensu, quamdiu in potestate raptoris manserit, superveniente, nullum posse matrimonium consistere; quod si raptam a rapto separata, et in loco tuto et libero constituta, eum in virum habere consenserit, cogatur raptor ab ecclesiastico et sæculari iudice eam in uxorem habere; et nihilominus raptor ipse ac omnes illi consilium et favorem præbentes sint ipso jure excommunicati ac perpetuo infames, omniumque dignitatum incapaces; et, si clerici sint, de proprio gradu decendant. Teneatur interea raptor mulierem raptam decenter arbitrio iudicis dotare. »

3. Dans les rhéteurs, la fille ravie a le choix ou de forcer le ravisseur à l'épouser ou de demander sa mort; *M. Fabii Quintiliani declamationes*, nos 247, 251, 262, 270, 276, 301, 309, 349, 370, 383. — *Calpurnii Flacci declamationum index*, nos 16, 23, 40, 42, 49; — *M. An. Senecæ rhetoris controversiæ*, lib. I, n° 5; lib. II, n° 25.

ment avec la première, dans les *declamationes* antiques ¹.

Cette proposition ne trouva pas grande faveur dans le concile. Elle fut attaquée dans ses deux branches, en ce que d'abord elle rendait le mariage impossible, et en ce qu'elle le rendait ensuite obligatoire.

D'un côté, on invoquait la liberté et la faveur des mariages, qui avait toujours inspiré le droit canonique : dès que la fille donnait volontairement son consentement, que voulait-on de plus ² ? Certains soutenaient même que l'Église ne pouvait faire du rapt un empêchement dirimant, parce que cet empêchement ne pouvait être que temporaire ³.

D'autre part, on relevait ce qu'il y avait d'exorbitant, de contraire aux principes, dans le mariage imposé par le juge au ravisseur : quel que fût le crime, le mariage devait rester libre ⁴. Évidemment, c'était cette seconde disposition qui soulevait l'opposition la plus marquée. L'empêchement dirimant, tel qu'il était proposé, s'il soulevait des scrupules, trouvait aussi de nombreux partisans, car le concile était animé

1. *Quintiliani declam.*, n^{os} 257, 276, 370. — Mais cependant : *Senecæ controversiæ*, lib. I, n^o 5 : « Rapta raptoris aut mortem aut indotatas nuptias optet. »

2. *Cretensis*, *Idruntinus* (Theiner, II, p. 342; Ehses, IX, p. 696) : « Non placet quod dicitur de raptore et rapta : tales enim possunt conjungi si volunt; quare non debet eis tolli libertas. » — *Rossanensis* (Theiner, II, p. 342; Ehses, IX, p. 696) : « De raptore et rapta non placet; succedente enim consensu, verum est matrimonium. » — Cf. *Vestanus* (Theiner, II, p. 396; Ehses, IX, p. 790); *Urbevetanus* (Theiner, II, p. 396; Ehses, IX, p. 793); *Hydruntinus* (Theiner, II, p. 428; Ehses, IX, p. 899).

3. *Civitatis Castelli* (Theiner, II, p. 396; Ehses, IX, p. 794) : « Decretum de raptoribus non placet, quia Ecclesia id non potest facere, cum sit impedimentum temporale. »

4. *Madrutius* (Theiner, *Acta*, II, p. 342; Ehses, IX, p. 695) : « Ubi dicitur : cogatur contrahere, videtur etiam esse contra rationem libertatis matrimonii; et ideo tollatur illa vox : cogatur. » — *Florentinus* (Theiner, II, p. 342; Ehses, IX, p. 696) : « Quoad raptos placet ut aliæ pœnæ inducantur, sed non declarentur nubere. » — *Rossanensis* (Theiner, II, p. 342; Ehses, IX, p. 690) : « Non æquum est ut rapiens cogatur. »

d'un esprit de sévérité contre les *raptores* ¹ : aussi se fit-il assez facilement accepter ². A la troisième lecture, le projet fut modifié dans ce sens. Le mariage fut déclaré nul tant que la *rapta* était au pouvoir du ravisseur; elle pouvait au contraire valablement épouser celui-ci, lorsqu'elle avait été séparée de lui, et que, mise en lieu libre et sûr, elle donnait son consentement. Il n'était plus question d'imposer au ravisseur l'obligation d'épouser contre sa volonté la fille ravie; il était simplement tenu de la doter convenablement, qu'il l'épousât ou qu'il ne l'épousât pas. Cela fut accepté et devint le texte définitif ³. Du consentement des parents il n'était pas parlé, pas plus que dans le droit ancien ⁴.

Le texte très clair et très net du concile a présenté cependant de sérieuses difficultés d'interprétation. Elles venaient de ce que, dans la doctrine antérieure et quant à l'application des peines du rapt, les canonistes comme les légistes avaient assimilé au rapt proprement dit des actes voisins, mais différents. Fallait-il entendre de même le *raptus* dans le

1. *Senonensis* (Theiner, II, 345; Ehses, IX, p. 699) : « Art. VII sit severius contra raptores prout etiam per alia concilia et alios canones statutum est, videlicet ut raptores, sint omnino sine spe conjugii. »

2. *Asturicensis* (Theiner, II, 355; Ehses, IX, p. 716 : « Dicens : cur aliqui concedunt irrationem inter rapientem et raptam et non acceptant irrationem clandestinorum ? »

3. Sess. XXIV, *De reform. matr.*, c. vi (Schulte et Richter, p. 249) : « Decernit sancta synodus inter raptorem et raptam, quamdiu ipsa in potestate raptoris manserit, nullum posse consistere matrimonium. Quod si rapta a rapto separata, et in loco tuto et libero constituta, illum in virum habere consenserit, eam raptor in uxorem habeat, et nihilominus raptor ipse ac omnes illi concilium, auxilium et favorem præbentes, sint ipso jure excommunicati ac perpetuo infames omniumque dignitatum incapaces, et si clerici fuerint, de proprio gradu decendant. Teneatur præterea raptor mulierem raptam, sive eam uxorem duxerit sive non duxerit, decenter arbitrio judicis dotare. »

4. Lorsque le mariage est nul à raison du rapt on se demande si les fiançailles, contractées dans les mêmes conditions, sont également nulles. L'affirmative paraît s'imposer; cependant il y a controverse, Sanchez, *De sacr. matr.*, l. VIII, disp. XII, n° 17.

décret du concile ? L'opinion qui prévalut, non sans divergences considérables, fut que, seul, le *raptus* proprement dit créait le nouvel empêchement dirimant : cela était conforme au principe fondamental, d'après lequel il n'y a point d'empêchement dirimant sans un texte formel¹. Mais quels sont les éléments constitutifs du rapt ?

En s'appuyant, soit sur le texte même du concile, soit sur la doctrine antérieure, on décide que ces éléments sont au nombre de deux : 1° Il faut que la fille ait été enlevée de la maison où elle résidait, qu'il y ait eu changement de lieu, *translatio de loco ad locum*². 2° Il faut qu'il y ait eu une violence exercée ; il ne suffit pas qu'il y ait eu des manœuvres dolosives, employées pour entraîner la fille. Bien que les légistes regardassent ces manœuvres comme suffisantes pour entraîner l'application des peines prononcées contre les ravisseurs, on se refuse ici à appliquer l'empêchement dirimant³. Cependant, sur ce point, notre ancienne jurisprudence française avait adopté la solution contraire. Sous le nom de *rapt de séduction*, elle assimilait à l'enlèvement violent le détournement dolosif d'une fille et y voyait également un empêchement dirimant. Sous le couvert de cette doctrine, elle justifiait la nullité des mariages contractés par les mineurs sans le consentement de leurs parents, posant alors en présomption

1. Ci-dessus, t. I, p. 81.

2. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. VII, disp. XIII, n° 7 : « Specialiter probatur ex ipsomet Tridentino ibi : Quamdiu ipsa sub potestate raptoris manserit, et statim : Quod si rapta a raptore separata et in loco tuto et libero constituta. »

3. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. VII, disp. XIII, n° 12 : « Si dolis circumventa virgo extrahatur, non esse locum his pœnis. Quod non sit proprie raptus, cum ibi nulla reperitur violentia, nec obstat n° 11 traditum esse hoc sufficere ut locus sit pœnis leg. unic. *De rapt. virg.*, quia ea lex id explicat, at Tridentinum decretum solos raptores comprehendit, et, cum sit pœnale et correctorium, restringendum est, ut de vero et proprio raptu intelligatur ; quod si instes, dolum etiam opponi libertati matrimonii, sicut et violentiam, cum utrumque voluntatem auferat : dic non omnem dolum id efficere, sed eum solum qui versatur circa personæ et conditionis errorem. »

irréfragable qu'ils avaient été séduits par dol, qu'il y avait rapt de séduction ¹. Au fond, cette jurisprudence, sauf la présomption légale, ne reposait que sur une interprétation juridiquement possible du décret du concile, et l'on conçoit très bien que le clergé de France pût la déclarer parfaitement correcte ².

1. [La jurisprudence des parlements n'avait pas oublié la vieille notion du *raptus in parentes*. Mais d'une part elle n'en tirait que des conséquences pénales, sans songer que ce rapt pourrait constituer un empêchement, d'autre part elle n'appliquait que des peines inférieures à celles du rapt proprement dit. L'ordonnance de Blois de 1579, en qualifiant rapt le mariage du fils ou de la fille sans le consentement des parents, en lui appliquant, comme au rapt véritable, la peine de mort, en indiquant enfin que l'on aurait aucun égard au consentement donné par la personne ravie, semble bien faire une assimilation parfaite du *raptus in parentes* et du rapt par violence faite à la personne ravie et par suite vouloir le considérer comme un empêchement de mariage. C'est ce que dit nettement l'article 169 de l'ordonnance de 1629, en prescrivant que ces mariages soient « suivant les saints décrets et constitutions canoniques, déclarés nuls et de nul effet et valeur, comme non valablement ni légitimement contractés ». Il est vrai qu'à propos de l'arrêt du Parlement déclarant (le 5 sept. 1634) le mariage de Gaston d'Orléans « non valablement contracté », le roi avait expliqué au nonce que cette formule ne visait que le contrat civil. Certes le roi tenait à éviter un conflit et pour cela ne déclarera jamais nettement que le défaut de consentement des parents est un empêchement dirimant. Il n'y aura pas plus de précisions dans les déclarations de 1639 qui maintiennent seulement la notion de rapt appliqué au mariage sans le consentement des parents. Mais à une époque où tout le monde considérait le contrat comme la matière du sacrement, déclarer nul celui-là c'était bien indirectement atteindre celui-ci. En effet le Parlement, juge de ces questions puisqu'il s'agissait de l'application des ordonnances, prononçait la nullité de ces mariages et la doctrine était dans le même sens. Voir Duguit, *Etude historique sur le rapt de séduction*, *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, t. X, p. 586 et s., et Mitterer, *Der « Rapt de séduction » als Ehehinderniss nach gallikanischem Kirchenrecht*, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung, Kan. Abt.*, 1922, p. 55-109.]

2. *Conférences de Paris*, t. II, p. 379 : « Il y a des docteurs, entre autres l'auteur de la *Théologie de Périgueux*, qui soutiennent qu'en France le rapt de séduction n'est pas un empêchement dirimant ; le concile ne s'étant point expliqué là-dessus, on doit, disent ces docteurs, prendre son règlement à la lettre, et l'on ne doit pas l'étendre au delà du rapt qui se commet

La violence est nécessaire pour que l'empêchement de rapt existe ; mais que dire, si la violence a été exercée à l'égard des parents qui résistaient au mariage, non à l'égard de la fille qui consentait ? Il semble bien que l'empêchement soit fondé dans ce cas ; car, selon une définition traditionnelle accréditée parmi les canonistes, il y a alors *raptus*¹. Beaucoup l'ont admis². Mais d'autres le nient, et cette seconde opinion est très logique, étant donné que le droit canonique n'exige pas pour la validité du mariage le consentement des parents³. D'ailleurs cela ne pouvait faire doute lorsque des fiançailles existaient, antérieurement à l'enlèvement, entre le *raptor* et

avec violence. D'autres docteurs prétendent que le rapt de séduction n'est pas moins un empêchement dirimant de mariage que celui de violence. C'est le sentiment de Lessius, de Marc-Paul de Lion, jésuite romain, et qui était officier de la Pénitencerie, et de Pyrrhus Corradus, canoniste ultramontain, qui cite encore un autre canoniste romain. »

1. *Dictum Gratiani*, sur c. II, C. XXXVI, qu. 1 ; Hostiensis, *Summa*, p. 437 : « Dicitur ergo raptor proprie cum puella de domo patris abducitur violenter ut corrupta in uxorem habeatur, sive puellæ tantum, sive parentibus, sive utrisque vis inferatur. »

2. Voyez les auteurs cités par Sanchez, *De sacr. matr.*, l. VI, disp. XIII, n° 13.

3. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. VII, disp. XIII, n° 13 : « In contraria sum sententia, quod hoc decretum libertati matrimonii favere intendat, caveatque ne femina renitens cogatur illud inire. At ad eam libertatem nil confert parentum voluntas, sed sola feminæ quæ in hoc eventu reperitur abductioni connivens. Nec juvat, si dicas voluntatem parentum desiderari ad honestatem matrimonii. Nam Tridentinum in eo decreto non honestatem sed solam ejus libertatem spectat. Quod vel inde clare constat quod, ad valorem matrimonii inter eundem raptorem ac violenter raptam, solum petat raptam ad pristinam libertatem restitui ac in loco tuto reponi. » Voyez une décision de la Congrégation du Concile (*Rubens.*, 5 mart. 1714) dans Schulte et Richter, p. 252, n° 90. *L'impedimentum raptus* est déclaré inexistant, et pourtant on rapporte : « Iter faciente jamdiu puella cum ejus matertera Roccum Sanctum Pellegrinum repente eam abripuisse et ad domum suæ uxoris asportasse. Interea, ut testes prosequuntur, prænominata matertera magnos clamores edidit, puella vero nec verbum quidem perturbati animi protulit. » Il est vrai que l'on constate plus loin : « Subinde apud honestam matronam puella collocata fuit. »

la *rapta*. C'était une règle certaine dans le droit canonique classique : *propriæ sponsæ non fitraptus* ¹, et elle était maintenue par cela même que le concile ne l'avait pas abrogée ². D'autre part, il faut rappeler que, dans le droit issu du concile de Trente, les fiançailles peuvent toujours se former valablement par le simple consentement des fiancés.

Enfin, sur l'*impedimentum raptus*, on décide que, ses deux éléments constitutifs étant réunis, il s'applique à l'enlèvement et au mariage de toute femme, même *corrupta*, même *meretrix* ³; mais, à l'inverse, il ne s'applique pas à l'enlèvement d'un homme par une femme qui veut l'épouser. Le texte et les motifs ne permettent de penser qu'à l'hypothèse d'une *femina rapta* ⁴.

De tout cela, il résulte que la répression énergique du rapt n'a pu s'acclimater dans le droit canonique du mariage, ni avant, ni après le concile de Trente.

La seconde disposition qu'a édictée le concile de Trente pour assurer la liberté des mariages présente un certain intérêt au point de vue historique bien qu'elle ne constitue pas un empêchement.

Il s'agit des mariages contractés sur l'ordre formel des seigneurs temporels ou des juges séculiers; mariages commandés par ceux-ci dans le but de donner satisfaction à certains intérêts temporels et pécuniaires. Ces mariages n'étaient point nuls pour cause de violence, pas plus que ceux contractés par crainte révérentielle des parents, si l'on ne suppose pas que des menaces ou des mauvais traitements eussent été employés. Le concile paraît même admettre que, dans ce cas, ils ne seraient point encore nuls, ce qui se concilierait difficilement avec les principes. Il ne les annule pas non

1. Ci-dessus, t. I, p. 436.

2. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. VII, disp. XIII, n° 15.

3. Sanchez, l. VII, disp. XIII, n° 14.

4. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. VII, disp. XIII, n° 16; mais il cite cependant un certain nombre d'auteurs en sens contraire.

plus, mais il condamne ces pratiques et prononce des peines contre ceux qui s'en rendent coupables¹. Cela n'était point d'ailleurs une nouveauté : bien au contraire, les abus dont il s'agit et la condamnation qui les vise, de la part de l'Église, remontent à une haute antiquité.

C'est un fait certain qu'au Bas-Empire les particuliers obtenaient assez souvent du prince des lettres, ou *privilegia*, ordonnant aux parents d'une fille de la marier avec une personne déterminée. Une constitution d'Honorius et Théodose condamna cet abus, et passa dans la *lex Romana Wisigothorum*²; mais, comme tant d'autres, cette bonne inspiration du pouvoir absolu resta sans effet. De même les juges impériaux abusaient souvent de leur influence pour imposer aux parties certains mariages; nous en avons encore ici la preuve par une constitution des empereurs Gratien, Valentinien et Théodose, qui a passé également dans la *lex Romana*³. Ces pratiques survécurent à l'Empire d'Occident; et, dans les royaumes fondés par les Barbares, la tradition s'en continua. Dans la monarchie mérovingienne en particulier, nous en trouvons des traces nombreuses⁴, si bien que l'Église crut devoir réagir. Au vi^e siècle, le quatrième concile d'Orléans et le troisième concile de Paris édictèrent des peines sévères

1. Sess. XXIV, *De reform. matr.*, c. ix (Schulte et Richter, p. 220) : « Ita plerumque dominorum temporalium ac magistratuum mentis oculos terreni affectus atque cupiditates excæcant ut viros et mulieres, sub eorum jurisdictione degentes, maxime divites vel spem magnæ hæreditatis habentes, minis et pœnis adigant cum iis matrimonium invitos contrahere quos ipsi domini vel magistratus illis præciperint. Quare, cum maxime nefarium sit matrimonii libertatem violare et ab eis injurias nasci a quibus jura expectantur, præcipit sancta synodus omnibus cujuscumque gradus, dignitatis et conditionis existant, sub anathematis pœna, quam ipso facto incurrant, ne quovis modo directe vel indirecte subditos suos vel quoscumque alios cogant, quominus libere matrimonium contrahant. »

2. L. 1, *C. Th.*, *Si nuptiæ ex rescripto petantur*, III, 10.

3. L. 1, *C. Th.*, *Si quacumque præditus potestate nuptias petat invitæ*, III, 11; Hänel, *Lex Romana Wisig.*, p. 88.

4. Löning, *Geschichte des deutschen Kirchenrechts*, II, p. 605.

contre ceux qui usaient de ces influences pour obtenir et imposer certains mariages¹.

Lorsque se fut constituée la société féodale, une contrainte du même genre, mais procédant d'autres principes, apparut dans les coutumes. Il s'agissait du cas où un fief venait par succession à une femme, dans les pays où les femmes n'avaient pas été totalement exclues de la succession aux fiefs. Dans ce fait, il y avait un élément perturbateur de l'ordre féodal, la femme n'étant point capable de rendre la plupart des services que le seigneur pouvait exiger de son vassal. Mais si elle se mariait, le mari devenait administrateur et usufruitier, c'est-à-dire titulaire momentané, de ce fief qu'il pouvait parfaitement servir. La vassale, de sa puberté à sa vieillesse, n'eut donc point partout le droit de rester fille ou veuve : dans certaines contrées, le seigneur pouvait la contraindre à prendre un mari, en lui présentant un ou plusieurs prétendants². De même, en sens inverse, la vassale ne devait point se marier sans le consentement du seigneur, car celui-ci avait intérêt à ce qu'elle ne prît pour mari qu'un bon et brave chevalier³. L'Église ne paraît pas avoir réagi contre ces usages qui représentaient, non des abus de pouvoir et des actes arbitraires, mais des règles légales, logiques et raisonnables. Ils disparurent d'ailleurs généralement lorsque le système féodal perdit sa force et sa valeur politique⁴.

1. *Concil. Aurel.*, IV (a. 541), c. xxii : « Ut nullus per imperium potestatis filiam competere audeat alienam, ne conjugium quod contra parentum voluntate impiæ copulatur velut captivitas judicetur. Sed si quod est prohibitum, non admittitur, in his qui perpetraverint, excommunicationis severitas pro modo pontificis imponatur. » (*Mon. Germ., Concilia*, t. I, p. 92). — *Concil. Parisien.*, III (post an. 556), c. vi (*ibid.*, p. 144) = c. vi, C. XXXVI, qu. 2.

2. Voyez *Les Assises de Jérusalem*, édit. Beugnot, *Livre de Jean d'Ibelin*, c. CLXXVII et s.

3. *Établissements de saint Louis*, éd. Viollet, I, 67.

4. Cependant ce vieux droit est rappelé encore par un Père du concile, qui veut justement excepter de la condamnation prononcée l'assentiment du seigneur nécessaire pour le mariage des femmes féodales ; *Cavensis commissarius* (Theiner, II, p. 346 ; Ehses, IX, p. 701) : « In X excipiantur

Mais la pression exercée par l'autorité royale pour imposer certains mariages reparut, au contraire, avec le pouvoir absolu. En France, du moins, c'est une pratique nettement saisissable au xvi^e siècle, et c'est elle surtout qui doit avoir attiré l'attention du concile. L'instrument qui servait à cela était la lettre de cachet, comme nous l'apprennent les grandes ordonnances du xvi^e siècle, rendues sur les doléances des états généraux, et qui condamnent cet abus, mais vainement ¹. Elles nous apprennent aussi, et cela répond encore au texte du concile, que les seigneurs de leur côté abusaient de leur pouvoir pour contraindre leurs sujets à donner leurs filles en mariage à des personnes déterminées ². Pour les lettres de cachet délivrées dans ce but, les défenses des ordonnances, comme les prohibitions du concile, furent également inefficaces; l'usage s'en conserva en France jusqu'à la Révolution ³.

III

Sur les empêchements dirimants dérivant des diverses sortes de parenté et d'alliance que reconnaît le droit cano-

mulieres habentes feudos, quæ non debent conjungi matrimonio absque consensu regio. »

1. *Ordonnance d'Orléans*, art. 111 : « Et parce qu'aucuns, abusans de la faveur de nos prédécesseurs par importunité ou plutôt subrepticement, ont obtenu quelquesfois lettres de cachet et closes, ou patentes, en vertu desquelles ils ont fait sequestrer des filles et icelles épousé ou fait épouser contre le gré et vouloir des pères et mères, parents, tuteurs ou curateurs, chose digne de punition exemplaire : enjoignons à tous juges procéder extraordinairement et comme en crime de rapt, contre les impétrans et ceux qui s'ayderont de telles lettres sans avoir aucun égard à icelles. » — *Ordonnance de Blois* de 1579, art. 281.

2. *Ordonnance de Blois* de 1579, art. 281 : « Defendons aussi à tous gentilshommes et seigneurs de contraindre leurs sujets et autres à bailler leurs filles, nièces ou pupilles en mariage à leurs serviteurs ou autres, contre la volonté et la liberté qui doit être en tels contrats, sous peine d'être privés du droit de noblesse, et punis comme coupables de rapt. »

3. On en trouve le modèle d'après le *Guïdon des Secrétaires*, pp. 22, 23 (dans le *Nouveau stile de la Chancellerie de France*, Paris, 1622).

nique, le concile de Trente contient deux classes de dispositions.

Il a d'abord, dans un canon énergique, condamné les opinions des protestants, qui soutenaient qu'en établissant ces prohibitions, dont la trame était si vaste, l'Église avait dépassé ses droits, et spécialement que, seuls, les degrés de parenté et d'alliance mentionnés au *Lévitique* pouvaient constituer des empêchements dirimants. Il proclama aussi, contre les hérétiques, que l'Église peut accorder la dispense de ces empêchements ¹. C'était, on le voit, maintenir fermement les principes sur lesquels s'était élevée la théorie canonique.

D'autre part, ces empêchements dirimants ont été presque tous retouchés par le concile de Trente. Déjà le quatrième concile de Latran y avait apporté des réformes importantes, mais il avait laissé subsister des prohibitions encore bien exagérées.

L'empêchement résultant de la parenté naturelle, ou *consanguinitas*, fut maintenu tel qu'il avait été fixé par le concile de Latran, limité au quatrième degré de computation canonique. Cependant, un nouvel adoucissement de la prohibition avait été proposé au concile. Dans le *decretum de abusibus* présenté en seconde lecture, le mariage était déclaré licite entre parents ou alliés au quatrième degré, la prohibition étant dorénavant restreinte au troisième degré. Le projet justifiait la modification en constatant que la charité chrétienne s'était considérablement refroidie et que, par suite, il était opportun de permettre de la vivifier par des mariages entre parents au quatrième degré ². Mais cette réforme trouva

1. Sess. XXIV, *De sacr. matr.*, c. III (Schulte et Richter, p. 215) : « Si quis dixerit eos tantum consanguinitatis gradus, qui Levitico exprimuntur, posse impedire matrimonium contrahendum et dirimere contractum nec posse Ecclesiam in nonnullis eorum dispensare, aut constituere ut plures impediant vel dirimant : anathema sit. »

2. Theiner, II, p. 336; Ehses, IX, p. 684, can. 3 : « Hæc s. synodus animadvertens christianam caritatem adeo refrigescere, ut cognationis quæ inter conjunctos in quarto gradu intercedit, nulla fere ratio habeatur,

peu de faveur dans la discussion. On invoqua contre elle les paroles de l'Écriture : *Videatis filios filiorum in tertiam et quartam generationem*¹; on fit observer que cette modification aurait des conséquences graves; car, le quatrième degré devenant permis, on serait inévitablement entraîné à accorder facilement la dispense du troisième². La plupart des prélats qui prirent la parole se prononcèrent en ce sens qu'une réforme était nécessaire, mais qu'elle devait seulement consister en deux choses : il fallait soumettre à des règles fixes l'octroi des dispenses du quatrième degré et les accorder *gratis*; il fallait en même temps ouvrir aux évêques, aux ordinaires, le droit d'accorder ces dispenses³.

Même, certains trouvèrent des inconvénients dans ce pouvoir ferme conféré aux évêques⁴. En définitive, on renonça

ideoque valde necessarium esse illorum inter sese necessitudines conjugii conservare, concedit in futurum quibuscunque Christi fidelibus, si aliud canonicum non obstat impedimentum, in quarto consanguinitatis vel affinitatis gradu constitutis matrimonio inter se jungi. »

1. *Venetiarum* (Theiner, II, p. 342; Ehses, IX, p. 693) : « Quoad III, non placet ut quartus gradus tollatur, nam in Testamento Veteri dicitur : Videatis filios filiorum in tertiam et quartam generationem. »

2. *Rossanensis* (Theiner, II, p. 342; Ehses, IX, p. 696) : « Non placet tolli quartum gradum, quia hac via etiam succedet quod dispensatio intertio faciliter fiat. »

3. *Cretensis, Idruntinus* (Theiner, II, p. 342; Ehses, IX, p. 696) : « In tertio non placet, quod tollatur quartus gradus, sed potius fiat dispensatio gratis circa eundem gradum. Nec placet quod tollendo hos gradus et alios dicamus tollere abusum, cum hujusmodi non sint abusus sed permissiones aut relaxationes. » — *Rossanensis senior, Verallus* (*ibid.*) : « Non placet ut tollatur quartus gradus, sed detur remedium ut non passim fiant dispensationes et committantur ordinariis. » — *Jadrensis*, p. 344 : « De tollendo quarto gradu non placet, quia non adest necessaria causa; sed tollatur dispensandi facilitas et detur ordinariis potestas dispensandi cum opus fuerit, et hoc gratis. » — *Genuensis* (Theiner, II, p. 344; Ehses, IX, p. 697); *Senonensis, Tarentinus, Pragensis, Messanensis, Panormitanus* (Theiner, II, p. 344; Ehses, IX, p. 698-9); *Marsicanus* (Theiner, II, p. 352; Ehses, IX, p. 711).

4. *Nemausensis* (Theiner, II, p. 360; Ehses, IX, p. 726) : « Non placet ut quartus gradus tollatur, sed tollantur abusus curiæ et epis-

sur ce point à toute réforme sérieuse. La proposition d'abolir la prohibition du quatrième degré se trouvait encore dans le projet présenté en troisième lecture¹. Mais elle disparut ensuite, et ne fut remplacée par aucune des mesures qu'avaient proposées ceux qui l'avaient critiquée. Le concile inséra seulement dans le décret *De reformatione matrimonii* une disposition ayant pour but de rendre plus difficiles que par le passé les dispenses des empêchements résultant de la parenté ou de l'alliance².

Le concile ne toucha pas non plus à l'empêchement fondé sur la *cognatio legalis*, dont l'importance pratique était presque nulle³; mais il restreignit, au contraire, dans une large mesure, l'empêchement résultant de la *cognatio spiritualis*. Nous savons quelle extension considérable avait reçu celui-ci sous la triple forme de la *paternitas*, de la *compaternitas* et de la *fraternitas*⁴. Le concile réagit contre cette exagération⁵; la réforme qu'il opéra porte sur les points suivants⁶:

1° Le nombre des personnes entre lesquelles pourra naître la *cognatio spiritualis*, et par suite l'empêchement, est diminué en fait, en ce qu'il ne pourra plus être admis dans

coporum circa dispensationes, quæ non fiant nisi ex causa legitima nec sine causæ cognitione. Si videbitur dispensationem hujus gradus committi ordinario, dicatur quod id non faciat absque consilio duorum ex capitulo. Placet ut concedatur ordinariis quod possint cum pauperibus dispensare in quarto gradu ignoranter contracto. »

1. Theiner, II, p. 387, n° 4; Ehses, IX, p. 764.

2. Schulte et Richter, p. 249 (c. v.).

3. [Sur la parenté adoptive, D. Lindner, *Gesetzliche Verwandtschaft*, Paderborn, 1920.]

4. Ci-dessus, t. I, p. 401 et s.

5. Il y eut pourtant quelques protestations, par exemple *Venetiarum* (Theiner, II, p. 342; Ehses, IX, p. 695) : « Neque placet tolli aliquid de cognitione spirituali. »

6. Sess. XXIV, *De reform. matr.*, c. II (Schulte et Richter, p. 248). Le concile commence par constater les inconvénients du droit ancien : « Docet experientia, propter multitudinem prohibitionum multoties in casibus prohibitis ignoranter contrahi matrimonium, in quibus vel non sine magno peccato perseveratur, vel ea non sine magno scandalo dirimuntur. »

chaque baptême qu'un parrain et une marraine; et, si, malgré cette prescription, d'autres que ceux dont le prêtre aura pris les noms touchent l'enfant au baptême, cela sera sans effet aucun en ce qui concerne la parenté spirituelle.

2° En droit, la parenté spirituelle est considérablement restreinte. La *fraternitas* est complètement supprimée; la *cognatio*, et par suite l'empêchement dirimant, subsiste seulement : a) entre le parrain et la marraine, d'une part, — le baptisé et ses père et mère, d'autre part; b) entre le *baptizans*, d'un côté, — le baptisé et ses père et mère, d'autre part.

3° Au moment du baptême, le prêtre devra avertir les intéressés des liens de parenté spirituelle qu'ils contractent et de leurs conséquences.

4° La parenté spirituelle qui naît de la confirmation est restreinte dans la même mesure que celle qui est produite par le baptême.

L'application de ce décret fit naître quelques difficultés. Ce fut d'abord une question transitoire qui se posa. Les personnes qui, avant la confirmation par la papauté des décisions du concile de Trente, avaient contracté la parenté spirituelle à un degré qui ne constituait plus un empêchement d'après le nouveau décret, pouvaient-elles licitement se marier entre elles? Pie V répondit affirmativement par une bulle du 20 août 1566 ¹. Une autre question était plus sérieuse. Le concile maintenait, on l'a vu, l'empêchement dirimant fondé sur la *compaternitas*; cela comprenait-il, comme par le passé, la *compaternitas indirecta*? Le conjoint du *suscipiens* devenait-il toujours, comme celui-ci, le parent du *baptizatus* et de ses père et mère? Pie V décida que non, et que la *compaternitas* ou *paternitas indirecta* n'existait plus, la liste des personnes dorénavant unies par la *cognatio spiritualis*, que contient le décret, étant strictement limitative ².

La jurisprudence de la Congrégation du Concile n'a pas

1. Schulte et Richter, p. 556.

2. Bulle du 4 décembre 1566 (Schulte et Richter, p. 557).

eu à développer beaucoup ce qui reste de la *cognatio spiritualis*. Je relève seulement deux décisions notables.

La Congrégation a décidé que lorsqu'un parrain se fait représenter au baptême par un procureur, celui-ci contracte la parenté spirituelle non pour son propre compte, mais pour le compte de son mandant ¹. C'était, on le sait, une vieille controverse ². D'autre part, lorsqu'un enfant a été valablement baptisé, mais sans les cérémonies habituelles (ce qu'on appelle souvent chez nous l'ondolement), si, plus tard, cette solennité supplémentaire est accomplie, la personne qui y figure, à titre de parrain ou de marraine, ne contracte pas la parenté spirituelle ³.

Le droit canonique avait, nous le savons, une conception originale de l'*affinitas*, dont il avait étendu très loin les effets comme empêchement de mariage ⁴. Le quatrième concile de Latran avait coupé quelques rameaux de cet arbre trop touffu ; il avait supprimé le *secundum et tertium genus affinitatis* ⁵. Mais il restait encore bien des points critiquables, spécialement la théorie de l'*affinitas ex copula illicita*. Le concile de Trente décida que cette dernière ne serait plus un empêche-

1. Schulte et Richter, p. 266, n° 105.

2. Ci-dessus, t. I, p. 405.

3. Schulte et Richter, p. 266, n° 106.

4. Ci-dessus, t. I, p. 414 et s.

5. D'où la maxime : *Ex affinitate jam non oritur affinitas*; Sanchez *De sacr. matr.*, l. VII, disp. LXVII, n°s 1, 2. La jurisprudence de la Congrégation du Concile a dégagé une conséquence notable de cette abrogation, conséquence que n'avait point prévue probablement le législateur. Il en résulte que, *jure canonico*, rien n'empêche le mariage entre le *vitricus* et la veuve du *privignus*, ni entre la *noverea* et le mari de la *privigna* prédécédée. En effet, le seul empêchement qui s'opposait jadis en droit canonique à ces mariages, c'était l'*affinitas secundi generis* existant entre les personnes en cause ; or, cette affinité ne produisant plus aucun effet, aucun empêchement ne subsiste. La loi romaine, qui défend de semblables unions (l. 15 D., *De ritu nupt.*, XXIII, 2), ne peut prévaloir contre les dispositions du droit canonique. C'est ce qu'a décidé la Congrégation du Concile le 8 mars 1721. Benoît XIV, qui en était alors le secrétaire, a résumé le débat qui s'était élevé à ce sujet : *De syn. dioces.*, l. IX, c. xiii.

ment dirimant que jusqu'au second degré¹. Étant donné le texte, on s'est demandé si l'affinité résultant de la fornication ne doit pas, aux troisième et quatrième degrés, être considérée encore comme un empêchement prohibitif; mais une décision de Pie V, *motu proprio*, a statué en sens contraire². Là où l'empêchement dirimant a été supprimé, il ne subsiste plus rien.

Le droit canonique antérieur contenait sous le nom de *publicæ honestatis justitia* un empêchement dirimant qui se rapprochait de celui fondé sur l'altiance; il rendait en dernier lieu le mariage impossible entre un fiancé et les parents jusqu'au quatrième degré de l'autre fiancé. Il naissait de toutes fiançailles non conditionnelles, alors même qu'elles auraient été déclarées nulles pour une autre cause qu'un vice du consentement; il survivait à leur dissolution régulière³. Il naissait aussi, rappelons-le, non seulement des fiançailles, mais aussi du mariage contracté et non consommé : dans ce cas, il se présentait comme une pierre d'attente, suppléant provisoirement l'*impedimentum affinitatis*, qui, dans la doctrine commune, supposait la *copula* intervenue entre les époux.

Ces prohibitions gênantes et assez peu utiles furent res-

1. Sess. XXIV, *De reform. matr.*, c. iv (Schulte et Richter, p. 218) : « Præterea sancta synodus, eisdem et aliis gravissimis de causis adducta, impedimentum, quod propter affinitatem ex fornicatione contractam inducitur et matrimonium postea factum dirimit, ad eos tantum, qui in primo et secundo gradu jungantur, restringit; in ulterioribus vero gradibus statuit hujusmodi affinitatem postea contractum non dirimere. » - Voici, d'après Sanchez (*De sacr. matr.*, l. VII, disp. LXVII, n° 5), les motifs qui ont déterminé le concile : « Tridentinum voluisse restringere affinitatem ex fornicatione quod hæc sæpissime occulte contrahatur, et ex hac non oriatur vinculum aliquod amicitie inter affines. »

2. Rapporté par Sanchez, *De sacr. matr.*, l. VII, disp. LXVII, n° 4 : « Declaramus et auctoritate apostolica decernimus nullum hodie impedimentum remanere quominus in ulterioribus gradibus hujusmodi libere et licite matrimonium contrahi possit. »

3. Ci-dessus, t. I, p. 159 et s. [Brunel, *Etude sur l'empêchement d'honnêteté publique*, Paris, sans date (1911).]

treintes par le concile de Trente¹. La modification porta sur deux points : 1° les fiançailles nulles pour une cause quelconque n'engendrèrent plus l'empêchement ; 2° le mariage ne fut plus prohibé qu'entre un fiancé et les parents au premier degré de l'autre fiancé².

Mais le concile ne changea pas le droit ancien en ce qui concerne l'effet des fiançailles valables mais résolues. L'empêchement, réduit au premier degré de parenté, continua à leur survivre. C'est ce que déclara la Congrégation du Concile dans une décision approuvée par le pape Alexandre VII³.

Sur l'interprétation du nouveau texte, une question assez délicate s'est posée. Il ne vise expressément que l'empêchement résultant des *sponsalia per verba de futuro* : les modifications qu'il apporte au droit antérieur s'appliquent-elles aussi à l'empêchement qui naît du mariage contracté, mais non encore consommé ? Le problème se posa bientôt, et l'opinion qui triompha, presque sans résistance, c'est qu'ici l'empêchement restait sous l'empire du droit antérieur au concile de Trente. La raison principale de décider fut que, dans cette hypothèse, la *publicæ honestatis justitia* avait un caractère tout spécial ; elle était un succédané de l'*affinitas*, dont elle devait suivre les règles. Mais si cette interprétation générale fut adoptée, son application ne fut pas toujours éga-

1. Sess. XXIV, *De reform. matr.*, c. III (Schulte et Richter, p. 248) : « Justitiæ publicæ honestatis impedimentum, ubi sponsalia quacunque ratione valida non erunt, sancta synodus prorsus tollit. Ubi autem valida fuerint, primum gradum non excedant, quoniam in ulterioribus gradibus jam non potest hujusmodi prohibitio sine dispendio observari. »

2. Voici les personnes que cela comprend (Sanchez, *De sacr. matr.*, l. VII, disp. LXIX, n° 40) : « Quare iniens sponsalia non potest validum matrimonium inire cum patre, matre, fratribus, sororibus vel filiis sponsi alterius vel sponsæ. »

3. Schulte et Richter, p. 263, n° 101 : « Et hoc impedimentum restrictum ad primum gradum durat, etiamsi sponsalia mutuo deinde consensu dissolvantur, dummodo a principio valida fuerint, juxta resolutionem S. hujus Congregationis a summo pontifice Alexandro VII approbatam. » *Ibid*, n° 104, p. 266.

lement certaine ; il faut distinguer plusieurs hypothèses.

On décidait d'abord que l'empêchement résultant d'un mariage valable, mais non consommé, ne se restreignait pas, comme celui naissant des fiançailles, au premier degré de parenté ; il s'étendait jusqu'au quatrième degré. C'est la jurisprudence de la Congrégation du Concile, et cela fut même implicitement déclaré par Pie V¹.

On se demandait en second lieu si l'empêchement résultait aussi d'un mariage non consommé, lorsque celui-ci était déclaré nul pour une autre cause que le défaut ou vice du consentement. On décidait encore communément que l'*impedimentum* existait et s'étendait jusqu'au quatrième degré de parenté² ; cependant, quelques-uns soutenaient qu'il était ici restreint au premier degré, sans fournir d'ailleurs de bonnes raisons de leur opinion³.

Enfin, on doutait que l'empêchement pût résulter d'un mariage nul pour clandestinité, contracté *sine paracho et testibus*. Il semble bien que l'on doive adopter la négative, puisqu'un tel mariage n'a pas même la valeur de fiançailles et ne peut, en tant que mariage, produire aucun effet⁴. Cependant l'opinion commune se fixa en sens contraire : elle

1. Schulte et Richter, p. 263, n° 101 : « Hoc impedimentum justitiæ publicæ honestatis, oriens ex matrimonio rato et non consummato, non restringitur ad primum gradum, juxta c. III, sess. XXIV, *De reform. matr.*, sed extenditur ad quartum, loquendo saltem de matrimonio valido ; si enim ex allegata constitutione 62 Pii V impedimentum hoc proventum a matrimonio rato et non consummato durat in omnibus illis casibus ubi de jure veteri ante concilium Tridentinum introductum erat. » — *Ibid.*, p. 264, n° 103.

2. Schulte et Richter, p. 263, n° 101, et les auteurs cités par le *referens*.

3. Cabassut, *Theoria et praxis juris canonici*, l. III, c. xxiv, n° 49 : « Quin etiam nascitur impedimentum ex matrimonio invalido, dum in illud matrimonium intervenerit utriusque partis perfectus consensus ; sed istud honestatis impedimentum ex invalido matrimonio emergens non transgreditur primum gradum cum tamen olim pertingeret ad quartum gradum. Ita Bonacina, allegans ita judicasse Cardinalium Congregationem, cum plerisque ab eo citatis. »

4. Dans ce sens, Sanchez, *De sacr. matr.*, l. VII, disp. LXX, n° 13.

décida que l'empêchement existait alors et s'étendait jusqu'au quatrième degré. On s'attachait à la lettre des décrétales anciennes; celles-ci n'écartaient l'empêchement que lorsque les *sponsalia* étaient nulles par défaut de consentement, et ici ce n'était pas le cas. Pour le mariage conditionnel, non sans quelques divergences, on décidait qu'avant l'arrivée de la condition il ne produisait pas l'*impedimentum publicæ honestatis* ¹.

SECTION DEUXIÈME

Les empêchements dirimants non visés par le concile de Trente.

Le concile de Trente n'a pas touché aux autres empêchements dirimants : ceux-ci sont donc restés simplement sous l'empire des règles qui ont été exposées dans la seconde partie de cet ouvrage, et même, pour la plupart, la législation postérieure au concile n'y a également apporté aucune modification. Il en est deux pourtant qu'il est intéressant de reprendre, soit à raison des textes postérieurs qui les ont visés, soit à raison de la jurisprudence à laquelle ils ont donné lieu. Ce sont les empêchements résultant du *dispar cultus* et de l'impuissance ².

1. Schulte et Richter, p. 264, n° 181. — Cabassut, *loc. cit.*, n° 20 : « Quamvis Sanchez neget huic esse impedimento locum in matrimoniis clandestinis sine præsentia parochi et testium initi, qui tamen reliqua approbat ex nullis et invalidis nuptiis impedimenta, prævalet tamen opinio opposita. »

2. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. VII, disp. LXX, n° 20-22. — Après les réformes opérées par le concile de Trente, et l'introduction par lui de deux nouveaux empêchements dirimants, les vers mnémotechniques qui fournissaient la liste de ceux-ci durent être modifiés; voici un exemple de ceux qui les remplacèrent (Cabassut, *op. cit.*, III, c. xxii, n° 1) :

*Error, conditio, votum, cognatio, crimen,
Cultus disparitas, vis, ordo, ligamen, honestas,
Affinis, raptor, si clandestinus, et impos,
Hæc facienda vetant connubia, facta retractant.*

I

L'*impedimentum disparis cultus*¹ fait l'objet principal d'une bulle de Benoît XIV du 9 février 1749². Il s'agit d'un mariage contracté entre un juif et une protestante, et la question posée était de savoir si, le juif s'étant converti à la foi catholique et ayant reçu le baptême, le mariage devait être considéré comme nul et devait être contracté à nouveau³. Le pape examine la valeur de ce mariage successivement quant au juif et quant à la protestante, au point de vue de la loi juive et du droit canonique.

Au point de vue de la loi juive, il déclare que le mariage n'est pas nul, car les passages de l'Ancien Testament qui défendent aux Hébreux de contracter mariage avec des étrangères n'entraînent cependant pas un empêchement dirimant, annulant de semblables unions; dans tous les cas, ils ne visaient que les sept petites nations au milieu desquelles vivaient les Israélites⁴. Il déclare également que la loi de Théodose, qui défend, sous des peines sévères, les mariages entre juifs et chrétiens, ne peut pas en entraîner la nullité aux yeux de l'Église⁵. Mais, envisageant les choses du côté de la

1. [Sur l'empêchement de disparité de culte : J. Besson, *Empêchements matrimoniaux de disparité de culte et de religion mixte*, *Nouvelle Revue théologique*, XLV, 1883; von di Pauli, *Das Impedimentum catholicismi nach österreichischen und kanonischen Rechte*, *Archiv für katholisches Kirchenrecht*, 1908.]

2. Bulle *Singulari nobis*, dans Schulte et Richter, p. 550.

3. Bulle citée § 1 : « Utrum scilicet, cum Hebraeus e secta protestantium uxorem duxerit, quæ aut hæresim ejuravit aut ejurandæ parata est, initum antea matrimonium, post susceptum ab Hebræo baptismâ, sit iterandum. » — Le pape suppose d'ailleurs qu'en ce qui concerne la femme protestante le mariage n'est point nul, étant données les circonstances, pour avoir été contracté contrairement au concile de Trente, *sine paracho et testibus*; *ibid.*, § 17.

4. *Loc. cit.*, § 2-6.

5. *Loc. cit.*, § 7 : « Hæc lex utpote a laico principe condita nullam habere vim in matrimoniis debet. »

femme protestante, le pape déclare que le mariage contracté par elle avec un juif est nul, à raison de l'*impedimentum disparis cultus*. Pour que celui-ci existe, en effet, il suffit, comme il est nécessaire, que l'un des époux ait reçu le baptême, l'autre n'ayant pas été baptisé¹. Cette condition se trouve parfaitement justifiée pour la protestante, et les hérétiques comme les catholiques sont soumis aux lois de l'Église quant à leurs mariages, auxquels s'applique en particulier l'empêchement de *dispar cultus*. Tout cela est parfaitement conforme à ce qui a été exposé ci-dessus au sujet des mariages mixtes.

Le pape, dans cette bulle, a trouvé l'occasion de définir l'origine et le caractère juridique de cet empêchement. Il refuse de le rattacher au droit canonique écrit, les textes rassemblés au Décret de Gratien (C. xxviii, qu. 1), n'ayant pas eu pour but et n'ayant pas pu avoir pour effet de créer un empêchement dirimant². C'est la coutume ecclésiastique qui a introduit ce dernier³.

Les unions, dans lesquelles l'un des conjoints est chrétien et l'autre infidèle, font encore, nous le savons, l'objet d'une autre règle en droit canonique. Il s'agit du cas où, le mariage ayant été primitivement contracté entre deux infidèles, l'un d'eux postérieurement reçoit le baptême. Si le conjoint infi-

1. *Loc. cit.*, §§ 11, 12, 13, 18, 19.

2. *Loc. cit.*, § 9.

3. *Loc. cit.*, § 10 : « Qua quidem in re omnes sentiunt ob cultus disparitatem irrita matrimonia esse, non quidem jure sacrorum canonum, sed generali Ecclesiæ more, qui pluribus abhinc sæculis viget ac vim legis obtinet. » [Mais la coutume, qui avait institué cet empêchement, en avait également fixé les limites. L'empêchement de disparité de culte n'avait pas de lieu si le baptême de l'un des contractants apparaissait comme douteux, ou si l'on découvrait dans la suite que l'un d'eux n'était pas baptisé, *S. C. Conc.*, 4 mars 1737, *S. C. S. Off.*, 9 septembre 1868, 17 novembre 1830. Le mariage était également valide s'il avait été contracté entre parties hérétiques, dont on mettait en doute la valeur du baptême, *S. C. S. Off.*, 5 février 1851. Mais devait être regardé comme nul le mariage conclu entre une partie infidèle et une partie hérétique dont le baptême était douteux, *S. C. S. Off.*, 7 juillet 1880.] J. D.

dèle refuse de cohabiter avec lui *sine contumelia Creatoris*, l'époux converti a le droit de divorcer et de contracter un nouveau mariage ¹. Cette transformation d'un mariage qui passe, de l'empire de la loi infidèle, sous celui de la loi chrétienne, et l'application de cette cause de divorce ont soulevé de curieux problèmes, dans certaines régions où l'Église a converti les païens dans les temps modernes.

Il s'est rencontré plusieurs de ces régions où la coutume nationale admettait la polygamie. Lorsqu'un infidèle ayant ainsi plusieurs femmes venait à se convertir, il était impossible que, devenu chrétien, il les gardât comme épouses. Bien que les meilleurs théologiens ne considèrent pas la polygamie comme nécessairement contraire au droit naturel ou au droit divin antérieur à l'Évangile ², la doctrine catholique tient pour certain qu'elle est défendue par la loi divine évangélique. Or, cette loi divine obligeant même les infidèles, lorsqu'un païen polygame se convertit, il ne peut éviter l'application de la loi de monogamie et ne peut conserver qu'une seule de ses épouses ³. Mais laquelle doit-il conser-

1. Ci-dessus, t. I, p. 248 et s. [Sur le privilège paulin : A.-C. Jemolo, *Il privilegio paolino dal principio del secolo XI agli albori del XV*, Studi Sassaresi, 2^e série, Sassari, 1922, p. 80 ; Gillmann, *Zum Problem vom Privilegium Paulinum*, Archiv für katholisches Kirchenrecht, 1923, p. 27 ; 1924, p. 242 ; A. Vermeersch, *De casu apostoli seu fidei privilegio*, 1911.]

2. Perrone, *De matr. christ.*, t. III, p. 7-74. — Voyez cependant Benoît XIV, *De synodo diœc.*, l. XIII, c. XXI, n^{os} 8 et 9.

3. Perrone, *De matr. christ.*, t. III, p. 61 : « Adeo vero ab hac polygamia simultanea aliena semper extitit Ecclesia, ut neque legitima habuerit connubia quæ post primam uxorem celebraverint infideles. Quoties proinde contingit ut aliquis ipsorum ad religionem christianam converteretur, toties exegit, veluti conditionem sine qua non conferretur ei baptisma, ut prius valediceret omnibus uxoribus quæ post primam duxisset. Cur enimvero? Nisi quia Ecclesia nunquam ut legitimitas uxores eas habet mulieres quæ post primam ducuntur. Etenim ipsi etiam infideles lege divina tenentur, adeoque, quidquid censendum sit de naturæ lege, aut de jure divino ante Évangélium, cum certum sit de lege evangelica omnino abolitam ac prorsus prohibitam fuisse polygamiam, profecto nec ipsi infideles absque piaculo jam possunt plures ducere uxores. »

ver? L'application stricte des principes conduit à dire que c'est la première qu'il a épousée : en vertu de la loi de monogamie, qui se trouve maintenant l'avoir régi rétroactivement, tous les mariages qu'il a contractés, ayant déjà une première épouse, sont absolument nuls. Seulement, si sa première épouse refuse de se convertir également, ou ne consent pas à habiter avec lui *sine contumelia Creatoris*, il peut la répudier, en invoquant le *casus apostoli*, et prendre une autre femme que, s'il le veut, il choisira parmi celles qui constituaient *in infidelitate* ses autres épouses.

Voilà à quoi conduit l'application logique et exacte des principes, et cette application, la Congrégation du Concile n'a pas hésité à la faire avec la plus grande netteté ¹. Mais cette doctrine a paru aux missionnaires trop rigoureuse, de nature à empêcher bien des conversions, la première épouse n'étant pas toujours l'épouse préférée. Aussi des tempéraments y furent-ils apportés de diverses façons.

Il était passé en usage dans les missions des Indes, au commencement du xvi^e siècle, que l'Hindou polygamé, qui se convertissait, gardait celle de ses femmes, quelle qu'elle fût, qui embrassait en même temps que lui la religion chrétienne ². Le pape Paul V rendit une déclaration par laquelle cette pratique était approuvée et le mariage ainsi contracté

1. Décision du 23 janvier 1603, dans Benoît XIV, *De syn. diœces.*, l. XIII, c. xxii, n° 1 : « Sacra Congregatio censuit ita respondendum minime posse prædictos ad veram fidem conversos accipere alias fideles uxores, nisi prius constiterit utrum primæ voluerint cum his permanere vel non. Quod si noluerint cohabitare, vel si voluerint non tamen sine contumelia Creatoris, velut conversos ad mortale peccatum pertrahant, tunc posse eos alias fideles accipere uxores. »

2. Benoît XIV, *De syn. diœces.*, l. XIII, c. xxi, n° 3 : « In more positum erat ut eam quisque uxorem retineret quæ secum una Christum Deum agnoscere ejusque fidem amplecti consentiebat. Id vero secum ferebat magnas difficultates cum et sæpiissime contingeret ut illæ, quæ cum maritis christianam religionem amplectebantur, uxores primæ non essent; et aliunde arduum nimis esset eosdem Indos ab iis mulieribus dividere quæ una cum eis ad baptismum esse offerebant. »

reconnu valable ¹. La décision de Paul V semble même donner aux Hindous convertis le droit de choisir, pour la garder comme femme unique, celle de leurs épouses qu'ils voudraient, à la seule condition que celle-ci se convertît également. Le pape aurait alors dissous le mariage contracté avec la première épouse, le seul valable aux yeux du droit canonique, un tel mariage n'étant pas considéré comme pleinement indissoluble ². Mais on l'entend d'ordinaire autrement. On considère que le pape a voulu simplement dispenser l'Hindou de l'interpellation formelle qu'il aurait dû adresser à sa première épouse, pour constater que celle-ci donnait lieu au *casus apostoli*; mais les droits de cette première épousée, si elle voulait se convertir, ou même cohabiter *sine contumelia Creatoris*, seraient pleinement maintenus ³. Cette interprétation, sans aucun doute, est conforme aux principes, mais elle enlève à la déclaration de Paul V une grande partie de son utilité pratique; d'ailleurs celle-ci ne peut s'appliquer qu'aux Indes et ne saurait être étendue à d'autres pays, quoique placés dans les mêmes conditions ⁴. On a cherché à atteindre autrement le but visé, en analysant les faits qu'on avait devant soi, de telle manière que le libre choix du converti

1. Dans Benoît XIV, *De syn. diœces.*, l. XIII, c. xxi, n° 3 : « Motu proprio et ex certa scientia ac de apostolica potestatis plenitudine, ut Indi, sicut præfertur, baptizati et in futurum baptizandi, cum uxore quæ cum ipsis fuerit baptizata et baptizabitur remanere valeant, tanquam cum uxore legitima, aliis dimissis, apostolica auctoritate tenore præsentium declaramus matrimonium hujusmodi inter eos consistere. »

2. Benoît XIV, *loc. cit.*, n°s 4 et 5; dans une constitution de Grégoire XIII, citée plus loin, on lit cette phrase : « Attendentes hujusmodi connubia inter infideles contracta, vera quidem, non tamen adeo rata censeri ut, necessitate suadente, dissolvi non possint. »

3. Benoît XIV, *De syn. diœc.*, l. XIII, c. xxi, n° 4; Perrone, *De matr. christ.*, t. II, p. 315.

4. Benoît XIV, *loc. cit.*, n° 6. [La décision de Paul V fut confirmée par Pie V, le 2 août 1571, dans la Constitution *Romani pontifices* (*Collectionea S. Congreg. de Propaganda fide*, n° 1306, p. 456; Fahrner, *Ehescheidung*, p. 274.)]

parmi ses femmes pût se concilier avec l'application des principes. C'est ainsi que Paul III, dans une constitution du 1^{er} juin 1537, constatait déjà qu'il arrivait souvent chez ces rares polygames que le mari ne se rappelait plus exactement laquelle de ses femmes il avait épousée la première. Dans ce cas il pouvait, lors de sa conversion, choisir celle qu'il voulait, et contracter avec elle, au moins par précaution, *per verba de præsenti*¹. Mais, en réalité, ce défaut de mémoire ne devait pas sincèrement se présenter bien fréquemment. On arriva souvent au même résultat par une voie moins extraordinaire. Dans les peuplades sauvages et chez les nations païennes où règne la polygamie, les femmes sont souvent tenues dans une condition si inférieure par le mari, qui les abandonne, les vend, les donne à son gré, que les docteurs se demandent si de telles unions constituent des mariages véritables, même en ce qui concerne la première épousée. En adoptant la négative, il devient très aisé de permettre au mari converti de choisir celle de ses femmes qu'il voudra garder; en droit, on le considère comme n'étant pas encore marié : il est libre, comme le sont ses épouses².

1. Constitution *Altitudo* [par laquelle le pape use nettement de son pouvoir de rompre les mariages des païens] (dans Feije, *De impedim.*, n° 472) : « Super eorum vero matrimonium hoc observandum decernimus, ut qui ante conversionem plures juxta eorum mores habebant uxores, et non recordantur quam primo acceperint, unam ex illis accipiant quam voluerint, et cum ea matrimonium contrahant per verba de præsenti, ut moris est; qui vero recordantur quam primo acceperint, aliis dimissis, eam retineant. »

2. C'est ce qui est nettement exposé pour le Paraguay, au xvii^e siècle, dans une lettre de Johannes de Lugo à Urbain VIII, citée par Feije, *De impedim.*, n° 485, p. 558, note 4 : « Passim, conjuges (si vere conjuges dicendi sunt) dimittunt non aliter quam nostri famulas aut famulos; et hoc solum quia conjux infirmatur, nec coquere cibos potest aut vestes consuere aut domus curam habere, vel quia jam senescit. Imo frequenter non unam solum uxorem accipiunt, sed simul cum ea omnes ejus filias vel sorores, si quas habet; ex quibus postea donat amicis aliquam vel famulo in gratiam obsequii, quam postea repetit, si famulus divertit... Itaque plerique putant non esse saltem communiter apud illos verum matrimonium, sed concubinatum, atque ideo permittunt, quod conjugem baptizatam accipiant, quando

Mais, lorsqu'on se trouve en face d'un mariage véritable et d'une première épouse certaine, le mari est contraint de garder celle-ci, à moins qu'il ne puisse invoquer le *casus apostoli*. Pour cela, il faut une *interpellatio* judiciaire adressée au conjoint infidèle, afin de constater qu'il ne veut ni se convertir, ni cohabiter *sine contumelia Creatoris*. Cette *interpellatio* est absolument nécessaire, et même, selon les docteurs, exigée *jure divino*¹. Mais une constitution de Grégoire XIII, du 25 janvier 1585², a relâché cette rigueur en ce qui concerne *Angola, Ethiopia, Brasilia et aliis Indiis regionibus*. Le pape constate que là souvent, des hommes ou des femmes mariés sont faits prisonniers et emmenés en captivité, très loin de leurs conjoints. Dans leur nouvelle résidence, ils sont prêts à se convertir, mais ils voudraient en même temps contracter un nouveau mariage. L'*interpellatio* au premier conjoint serait la plupart du temps impossible; Grégoire XIII permet aux évêques, curés et confesseurs approuvés, d'en accorder la dispense. On la tient alors en quelque sorte comme faite et n'ayant produit aucun résultat : on permet au converti de contracter un nouveau mariage, et celui-ci vaut et tient dans tous les cas, alors même qu'on établirait après coup que le premier conjoint avait l'intention de se convertir lui-même ou de cohabiter pacifiquement avec l'époux converti, ou que même il était déjà converti de son côté³.

La jurisprudence romaine a eu aussi plusieurs fois l'occasion de statuer sur le sort des femmes vendues par leur mari infidèle et converties à la foi chrétienne; mais ici elle main-

ad fidem convertantur. Alii tamen scrupulum habent et cogunt eos ad repellendam primam conjugem, ex quo magna incommoda sequuntur. »

1. Feije, *De impedim.*, n° 487. [Sur cette procédure, voir Fahrner, *Ehescheidung*, p. 288-291.]

2. *Populis ac nationibus*, dans Feije, *De impedim.*, n° 474.

3. « Quæ quidem matrimonia, etiam si postea innotuerit conjuges priores infideles suam voluntatem juste impeditos declarare non potuisse, et ad fidem etiam, tempore transacti secundi matrimonii, conversos fuisse, nihilominus rescindi numquam debere, sed valida et firma esse. »

tient pour elles le devoir rigoureux de chercher à revenir vers leur époux ¹; elle maintient au moins la nécessité de l'*interpellatio* pour que la femme puisse contracter un nouveau mariage ².

II

Un seul texte législatif, postérieur au concile de Trente, vise l'empêchement résultant de l'impuissance. C'est une constitution de Sixte-Quint, adressée au légat de la papauté

1. Feije, *De impedim.*, n° 479.

2. Constitution citée de Grégoire XIII : « Extra hos casus omnino fieri debet interpellatio, etiamsi inutilis aut periculosa videatur, si fidelis velit aliam nuptias transire, nec ab ea dispensari potest, sive timeatur ne infidelis interpellatus, sicut prima vice uxorem vendidit, eandem recuperatam iterum vendat. » — Sur le mariage des infidèles convertis, voyez d'autres questions secondaires dans Feije, *De impedim.*, c. xx, et dans Perrone, *De matr. christ.*, t. II, p. 341 et s. [Cette variété de décisions pontificales a amené certains canonistes à modifier les notions traditionnelles sur le caractère indissoluble des mariages païens et sur le *privilegium paulinum* lui-même. Le mariage des infidèles n'étant pas sacramentel ne serait indissoluble que *ex statuto ecclesiæ* et pourrait être rompu par dispense. Déjà c'était l'opinion d'Antoninus à la fin du x^e siècle (*Summa theologica*, P. III, t. I, c. 6) et de Navarrus (*Consiliorum et Responsorum*, lib. III, tit. 33, cons. 2, n°s 12-17). S'il en est ainsi le *privilegium paulinum* lui-même n'est qu'une application du principe. Mais l'opinion traditionnelle a été bien défendue. Benoît XIV (*De synodo diocesana*, XIII, c. 21, n°s 4-7 et VI, c. 4-5), sans trancher expressément la question, n'est pas favorable au pouvoir de dispense du pape. Aussi la plus grande partie de la doctrine propose d'interpréter les actes pontificaux dont il est question ci-dessus comme des dispenses d'interpellation, c'est-à-dire comme une interprétation du *privilegium paulinum*. Notons enfin qu'en présence de ce mouvement d'extension des pouvoirs du pape, une réaction s'est produite à la fin du xviii^e siècle et au début du xix^e siècle contre le *privilegium paulinum* lui-même et en faveur de l'absolue indissolubilité du mariage des infidèles. L'apôtre n'aurait permis que la rupture de la vie commune et non celle du lien. C'est ainsi que l'avait entendu saint Augustin (ci-dessus, t. I, p. 249, n° 4). C'est ce que soutient le cardinal de la Luzerne (*Instruction sur le rituel de Langres*, ch. IX, art. 3, Paris, 1835, III, p. 149). Mais le privilège avait de trop fortes racines pour pouvoir être ainsi supprimé. Voir sur tout ce développement, Fahrner, *Ehescheidung*, p. 273 et s.]

en Espagne, du 22 juin 1587¹. Elle fut motivée par un fait étrange qui, paraît-il, était assez fréquent dans ces régions. Des *eunuchi* ou *spadones*, *utroque teste carentes*, mais qui cependant étaient capables d'accomplir en apparence l'acte sexuel, contractaient mariage avec des femmes qui connaissaient parfaitement leur état. Les hommes dont il s'agit soutenaient qu'ils étaient parfaitement capables de contracter mariage, et la difficulté s'était présentée plus d'une fois devant la juridiction ecclésiastique². Le pape prononce la nullité de ces mariages. Mais là n'est point la nouveauté, cette nullité était certaine; elle était admise déjà par le droit antérieur. Bien que quelques-uns estimassent qu'un tel mariage était valable³, l'opinion commune était en sens contraire, exigeant pour la validité que le mari pût *verum semen emittere*⁴. Mais,

1. Schulte et Richter, p. 555.

2. Schulte et Richter, p. 555 : « Quum frequenter, in istis regionibus, eunuchi quidam et spadones, qui utroque teste carent, et ideo manifestum est eos verum semen emittere non posse, quia impura carnis tetengine atque immundis complexibus cum mulieribus se commiscant, et humorem forsan quemdam similem semini licet ad generationem et ad matrimonii causam minime aptum effundunt, matrimonia cum mulieribus præsertim hunc ipsum defectum scientibus contrahere præsumant, idque sibi licere pertinaciter contendunt et super hoc diversæ lites et controversiæ ad tuum et ecclesiasticum forum deducantur. »

3. Glose sur c. xxv, C. XXXII, qu. 7, v° *Secti* : « Alii dicunt melius quod isti (castrati seu spadones) non possunt contrahere cum cognoscere uxorem non isti possunt, et exiguntur in matrimonio tria bona re vel spe. Vel dicas quod si habet virgam arrectam, sive resolvat sperma, sive non, quod sit ibi matrimonium, cum talis satisfacit mulieri sicut mulier satisfacit viro, sive resolvat, sive non, nec requiritur quod semper in matrimonio sit filiorum procreatio, quia sufficit quod non evitet prolem. »

4. Panormit., sur c. II, X, *De frigid.*, IV, 15, n° 5 : « Ideo dicunt hic doctores quod spado carens utroque testiculo non potest contrahere matrimonium, secus autem si careat uno testiculo tantum... Glosa in c. xxv, C. XXXII, qu. 2, tractat quid de eo qui habet virgam erectam sed non potest emittere semen propter impedimentum naturale vel accidentale, et tenuit ibi glossa quod talis potest matrimonium contrahere, cum possit mulierem provocare, sed communiter tenetur contrarium et hoc puto verius, quia, ex quo non potest generare, potest uxor dicere : Volo esse mater. »

d'après le droit antérieur, la nullité dans ce cas, comme toujours lorsqu'elle était fondée sur l'impuissance, était relative, c'est-à-dire qu'elle pouvait bien être invoquée par l'un ou l'autre époux, mais non par les tiers ¹. Sixte-Quint modifie ce point, et, dans ce cas, fait de l'impuissance un *impedimentum publicum* ². Il en donne deux raisons. D'un côté, de semblables mariages ne sont généralement qu'un abominable raffinement de débauche ³; d'autre part, on ne peut leur trouver aucune utilité ⁴. Il ordonne donc aux juges ecclésiastiques de poursuivre d'office ceux qui ont contracté de semblables unions (que les femmes aient, ou non, connu l'état de leurs maris) et de prononcer la nullité, en assurant la séparation des époux ⁵.

Il faut admettre que les termes de la bulle ne sont pas absolument limitatifs, et qu'elle s'applique toutes les fois que, par nature ou par accident, le mari, lors du mariage, était privé du *membrum virile* ⁶. Dans ces divers cas, mais dans ceux-là seulement, l'empêchement est devenu un *impedimentum publicum*.

III

La législation nouvelle sur l'empêchement d'impuissance se borne à la constitution de Sixte-Quint. Mais la jurispru-

1. Ci-dessus, t. I, p. 452.

2. Voyez Sehling, *Die Wirkungen der Geschlechtsgemeinschaft auf die Ehe*, p. 71.

3. Schulte et Richter, p. 555 : « Experientia docet tam eos, dum se potentes ad coeundum jactitant, quam mulieres quæ eis nubunt, non caste vivant sed ut carnaliter invicem jungantur, prava et libidinosa intentione, sub prætextu et in figura matrimonii turpes hujusmodi commixtiones affectare, quæ, cum peccati et scandali occasionem præbeant et in animarum damnationem tendant, sunt ab Ecclesia prorsus exterminandæ. »

4. Schulte et Richter, p. 555 : « Et insuper considerantes, quod ex spadonum hujusmodi et eunuchorum conjugiiis nulla utilitas provenit, sed potius tentationum illecebræ et incentiva libidinis oriuntur. »

5. Schulte et Richter, p. 556 : « Mandamus... ut eos etiam qui de facto sic contraxerint separari cures et matrimonia ipsa sic de facto contracta nulla irrita et invalida esse declares. »

6. Sehling, *op. cit.*, p. 71.

dence sur cet empêchement a présenté une histoire intéressante dans la période qui suit le concile de Trente.

L'incident le plus remarquable de cette histoire, incident qui appartient tout entier au passé, c'est la procédure du *congrès*. Le congrès était une preuve, ou épreuve judiciaire, consistant en ce que les époux devaient, devant des experts commis, chirurgiens, médecins et matrones, essayer d'accomplir l'acte sexuel ¹. Le congrès était ordonné par justice dans les procès où l'impuissance était prétendue d'un côté et niée de l'autre, les autres preuves faisant défaut ou étant insuffisantes.

Ainsi entendu, le congrès est un produit spécial de la jurisprudence canonique française du xvi^e siècle ² : il ne paraît pas s'être établi dans d'autres pays. Mais il peut être considéré cependant comme un produit naturel des principes généraux du droit canonique en cette matière, et les premiers éléments qui ont servi à constituer cette bizarre institution ont une origine assez ancienne.

La cause intime et profonde qui fit recevoir cette monstrueuse procédure fut certainement la perplexité dans laquelle les juges se trouvaient en ces sortes de causes. Les preuves diverses admises par le droit canonique classique, le plus souvent, ne pouvaient fournir aucune certitude ni même inspirer

1. Le terme même de *congrès*, *congressus*, signifie simplement le commerce sexuel; il est employé dans ce sens par des auteurs qui ne connaissent point le *congrès* judiciaire; d'Argentré, *Commentarii in patrias Britonum leges*, article 429, glose 4, n° 5 : « Veluti quæ ab impotentia *congressus conjugalis* in altero conjugum probantur... Sed et in viris frigidity perpetuo *congressum* prohibet et matrimonium dirimit. » — *Claudius de Saintes* (Theiner, II, p. 255; Ehes, IX, p. 437) : « Si lege veteri fuisset conjugium simpliciter concessum sacerdotibus, cur prohibebatur *congressus* cum uxoribus, cum ministrare debebant? »

2. Cependant un annotateur de Févret en place la première application à Venise, en 1580 : *Traité de l'abus*, édition Lausanne, 1789, t. II, p. 106, note o : « La pratique de cette preuve prétendue a commencé à Venise, vers l'an 1580; mais l'official qui l'a imaginée proposait des femmes publiques pour la subir. »

aucune confiance; et nous avons vu un juge du xv^e siècle se recommander à Dieu avant de rendre la sentence ¹. Il n'est donc pas très surprenant que les officiaux aient accueilli cette épreuve, qui, quelque honteuse qu'elle fût, leur parut, dans sa brutalité même, fournir un témoignage irrécusable pour les parties. Mais on peut trouver des points d'attache plus précis.

Le cas le plus perplexe de toute la théorie était celui où une femme, qui s'était mariée n'étant plus vierge, accusait son mari d'impuissance. Il semblait alors que l'affirmation contraire du mari devait inévitablement triompher, s'il s'agissait simplement de *frigiditas* ². Des canonistes anciens des xiii^e, xiv^e et xv^e siècles vinrent en aide à cette malheureuse : ils proposèrent que, sur sa demande, le mari fût contraint d'admettre des matrones expertes dans la chambre conjugale et qu'en leur présence *rem haberet cum uxore* ³. C'est ce qu'admettent l'*Abbas antiquus* ⁴, Petrus de Ancharano ⁵, Johannes Andreæ ⁶, Antonius de Sancto Georgio (*Præpositus*

1. Ci-dessus, t. I, p. 293, note 1.

2. Ci-dessus, t. I, p. 286-7.

3. Sanchez, *De sacr. matrim.*, l. VII, disp. CIX, n° 15 : « Quid sit dicendum quando mulier erat corrupta tempore contractus matrimonii, nec initio ipsius proclamavit nec per aspectum viri cognosci potest si vir sit frigidus necne. Aliquibus placet cogendum virum sustinere ut peritæ matronæ hoc inspiciant tempore coitus : certa enim signa sunt in mulieribus quæ dicuntur cognitæ, et, si ipsæ testentur non habitam fuisse copulam, separandum esse matrimonium. Quia etsi hæc res turpissima sit, sustinenda est ob rem tanti momenti quanti est cognitio valoris aut nullitatis matrimonii. »

4. Sur c. v, X, *De frig.*, IV, 15, n° 2, cité par Sanchez, *De sacr. matrim.* l. VII, disp. CIX, n° 15.

5. *Commentaria in decretales Greg. IX*, sur c. v, V, *De frig.*, n° ult.

6. *Novella super decretales Greg. IX*, sur c. v, X, *De frig.*, n° 5 : « Distinguit Abbas. Aut tempore contractus mulier gerebat se pro virgine, aut pro corrupta. Si pro virgine, si dicat se prius corruptam ab alio non auditur, cum turpitudinem suam alleget. Si gerebat se pro corrupta quia erat vidua, vel constabat eam ante matrimonium ab alio corruptam, inspiciendo est vir, et si per ipsius inspectionem statim potest de defectu constare, tunc poterit statim matrimonium separari... Si vero naturalia viri appareant sana et integra et ad copulam apta, dicit Innocentius quod mulier debet jurare

tus)¹. Mais cette opinion fut énergiquement combattue au xv^e siècle par Alphonsus de Soto, et Sanchez la condamne comme malhonnête et contraire au texte des canons². C'est elle cependant que reprit au xvi^e siècle, pour la développer, la jurisprudence française³.

Antoine Hotman, qui attaqua avec la plus grande vigueur la pratique du congrès, nous apprend que, lorsqu'il écrivait, elle ne remontait pas à plus de trente ou trente-cinq ans, ce qui place son introduction vers 1550⁴. Le moment était pro-

cum septem consanguineis quod per eum cognita non fuit et tunc separari poterunt, ut videtur C. XXIII, qu. 1... Sed hæc jura loquuntur quando uterque hoc fatetur. Sed idem videtur si alter, quia qua ratione creditur eis in illo casu, et in isto. Tamen, si vir juret quod eam cognovit, crederetur ei quia stat pro matrimonio; vel dic quod astringeretur vir per juramentum dicere veritatem an possit eam cognoscere, arg. *De desp. imp.*, Attestationes, et si juret quod possit, cogitur sustinere quod mulieres inspiciant hoc tempore coitus; certa enim signa sunt in mulieribus quando dicuntur cognite, et si mulieres referant quod nihil fecit, poterit matrimonium separari. »

1. *Commentaria super quarto decretal.*, sur c. v, X, *De frig.*, n° 6.

2. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. VII, disp. CIX, n° 15 : « Sotus autem turpissime adhiberi testes oculatos ait et ita rem tunc referendam ad testes ex auditu, qui deponant se ab ipsis conjugibus audisse nunquam eos potuisse consummare matrimonium. Et ita clare censet nullatenus adhibendos testes oculatos. Quod omnino mihi placet, eo quod res turpissima ac omnino honestati naturali adversa esset, atque ad libidinem matronas illas maxime excitaret, vel ipsum virum cum illis, aut forte præ pudore membrum virile contraheretur, nec ad coitum erigi posset; nec est textus id jubens. Quare nec id licitum esse judico. »

3. Tous ces précédents ont échappé à Sehling, *Die Wirkungen der Geschlechtsgemeinschaft*, p. 81.

4. Ant. Hotman, *Traité de la dissolution du mariage par l'impuissance ou froideur de l'homme ou de la femme*, seconde édition révisée et augmentée, 1610, Paris, p. 32 : « Aussi l'argument que l'on prend pour l'auctoriser sur la pratique du passé ne se peut tirer de plus loin que de trente ou trente-cinq ans. » La première édition du traité d'Hotman est de 1581, mais ce passage se trouve dans la seconde partie, qui a été composée et publiée quelque temps après la première, pour répondre aux critiques que celle-ci avait soulevées (p. 30 v° de notre édition). — Le Ridant, *Code matrimonial*, rapporte ainsi l'affirmation d'Hotman, p. 85 : « Antoine Hotman, fameux avocat au parlement de Paris à la fin du xvi^e siècle, assure que cette pra-

pice, car, dans la seconde moitié du xvi^e siècle et au commencement du xvii^e, les procès en nullité de mariage pour cause d'impuissance paraissent avoir été fort nombreux ¹.

Ce fut certainement la jurisprudence des officialités qui introduisit le congrès. Elle avait, en cette manière si délicate, peu de moyens de preuve à sa disposition, car Hotman nous apprend que même l'un de ceux admis par le droit canonique classique, le *juramentum septimæ manus*, ne se pratiquait plus en France ². Dans cette pénurie, on accueillait aisément l'expédient nouveau ³. Il ne semble pas que les juris-

tique infâme ne s'étoit établie au temps qu'il écrivoit que *quatre ans* auparavant. » Mais il y a certainement là une référence inexacte. La célèbre dissertation d'Anne Robert, où la question du congrès est discutée *pro et contra*, avec forces citations à la façon du xvi^e siècle, a pour point de départ un arrêt du parlement de Paris du 20 janvier 1587, par lequel celui-ci repoussa un appel comme d'abus dirigé contre la sentence d'un official qui avait ordonné le congrès : *Rerum judicatarum*, l. IV, c. x, édition 1604, p. 817. C'était probablement la première fois que la question était portée devant le parlement ; mais la pratique était plus ancienne ; l'avocat de Seia dit en effet, p. 806 : « Sed ipsa tot annorum experientia docuit visitationem et congressum certissimas esse virilitatis probationes. »

1. Mosnier, conseiller et lieutenant au bailliage de Viverois, *Les véritables alliances du droit civil et canon avec les ordonnances du roy, arrests des cours souveraines de ce royaume et pratique observée*, 1617, v^o *Mariage*, p. 659 : « Laquelle susdite matière de séparation de mariage est fort fréquente du temps présent aux cours ecclésiastiques pour lesdits catholiques, apostoliques et romains, et aux cours royales pour ceux de la religion prétendue réformée, et c'est à raison de la frigidité, malefice et impuissance du mary et de la femme ou de l'un d'eux. »

2. *Op. cit.*, p. 26 : « Il y avait anciennement deux autres moyens, *per crucem* et *per jusjurandum septimæ manus*, qui ne se pratiquent plus aujourd'hui, car l'un estoit une sorte de sorcellerie, et l'autre qui est l'assurance de sept qui jurent pour l'innocence d'une partie, ne se pratiquoit sinon quand le mary et la femme estoient d'accord de se desmarier. » — Cependant, voyez une sentence de l'official de Paris, du 13 juin 1673, rendue sur un rapport de chirurgiens et sur la *septima manus*, dans Claude Horry, *Nouveau traité du mariage chrétien*, Paris, 1700, p. 276.

3. Hotman, *op. cit.*, p. 26 : « Et au lieu de ces deux explorations, je ne sçay par quel malheur de nostre siècle on en a introduit une, la plus brutale que l'on sçaurait excogiter. »

consultes de cette époque aient invoqué et utilisé les précédents contenus dans les anciens canonistes cités plus haut ¹. On pourrait même croire, dans ce xvi^e siècle si érudit et si imbu des Grecs et des Latins, que c'est un souvenir de l'antiquité classique qui en a fourni l'idée. En effet, Hotman se plaint que les jurisconsultes de son temps donnent comme raisons de décider un procès les citations des poètes et des philosophes antiques ²; et, dans l'*Eunuque* de Lucien, on trouve cette épreuve proposée, pour savoir si un philosophe est vraiment en possession de sa virilité ³.

Ce passage est soigneusement visé par Antoine Hotman et par Anne Robert ⁴. Mais Hotman donne de cette pratique une autre explication plus plausible, qui en trouve la source première, non dans l'érudition des savants, mais dans la grossièreté et la passion des plaideurs. Il suppose que ce fut la proposition d'un impudent qui en fournit le premier

1. Hotman, *op. cit.*, p. 27 : « Mais ni luy (Panormitanus) ny autres qui ayent esté longtems après luy ne se sont advisez de ce congrez. »

2. Hotman, *op. cit.*, p. 36 : « Et ainsy en délibérant sur les procès de mariage, l'un amène l'autorité d'un poëte, l'autre se fonde sur un discours de Platon et d'Aristote »; p. 27 v^o : « Quelque raison qu'ayent voulu mettre en avant ceux qui n'ont qu'une routine de l'officialité et qui se sont tant adonnez à la philosophie naturelle et ont faict si grand estat du droit civil des Romains qu'ils ont négligé les reigles de la chrestienté. »

3. *Eunuchus*, c. xii : « Οὐκ ἐρύψητοί πάντες ἦσαν, ἀλλ' οἱ μὲν ἤξιουν ἀποδύσαντας αὐτόν, ὥσπερ τοὺς ἀργυρωνήτους ἐπισκοπεῖν εἰ δύναιτο φιλοσοφεῖν τάγε, πρὸς τῶν ὄρχεων · οἷδε ἔτι γελοιώτερον μεταστελαιμένους τινὰς τῶν ἐξ οἰκήματος γυναικῶν, κελεύειν αὐτόν συνεῖναι καὶ ὀπύειν, καὶ τίνα τῶν δῖκαστῶν τὸν πρεσβυτάτον τε καὶ πιστότατον ἐφ'εστῶτα ὄραν εἰ φιλοσοτεῖ. »

4. Hotman, *op. cit.*, p. 27 : « Il y eut (ce dit Lucian) un philosophe, qui, voyant tous ses compagnons empeschez pour juger si Bagoas estoit homme ou non et s'il devoit estre receu au nombre des philosophes, mit en avant cette forme de congrez pour sçavoir sy sur le champ il pouvait faire preuve de l'estat de sa personne. Mais ce moyen fust trouvé si ord et si salle et si indigne de l'honnesteté publique qu'il fut rejetté. » — Robert, *op. cit.*, p. 792 : « Apud Lucianum, cum Bagoas philosophus peripateticus argueretur esse eunuchus, judicium cognitioni rei veritas commissa est... Sicque altera judicium sententia ad visitationem altera ad congressum pertinebat. »

exemple ¹, et, pénétrant plus avant dans cette formation coutumière, il admet que ce fut d'abord l'accord des parties en cause qui introduisit le congrès, non la volonté du juge qui l'imposa ².

Quoi qu'il en soit, il s'établit fermement. L'arrêt de 1587, rapporté par Anne Robert, lui donna un solide fondement. Hotman, qui l'attaque, déclare qu'il n'est pas encore passé en coutume ³; mais, d'autre part, il espère que ce mode de preuve tombera en désuétude, ce qui montre bien qu'il était déjà enraciné ⁴. Il devint un moyen ordinaire dans l'arsenal des preuves; chacune des parties put le demander contre la volonté de l'autre, et le juge put alors l'ordonner et contraindre le récalcitrant à le subir ⁵. Le congrès devint en

1. Hotman, *op. cit.*, p. 27 : « Et est depuis peu de temps que ce moyen a esté pratiqué : dont le commencement peut avoir esté par l'offre de quelque impudent et deshonté, lequel accusé d'impuissance par sa femme, s'est vanté de faire preuve de sa valeur en présence de gens à ce cognoissans. Et si les juges peuvent par advanture avoir admis ceste espreuve tant par surprise et pour n'y avoir bien pensé. » — Cette supposition d'Hotman paraît avoir fait fortune et être devenue une vérité courante; voyez Guyot, *Répertoire de jurisprudence*, v^o *Congrès* : « On attribue l'origine du congrès à l'effronterie d'un jeune homme, qui, étant accusé d'impuissance, offrit de prouver le contraire en présence de chirurgiens et de matrones. »

2. Hotman, *op. cit.*, p. 33 : « Et y a bien apparence, qu'il (le congrès) aict esté introduict non tant par l'ordonnance des juges que par appointement des parties, quand elles-mesmes s'y sont offertes, auquel cas on dict : *nullas esse judicis partes*, l. *Si convenit*, D., *De judiciis*. »

3. *Op. cit.*, p. 33 : « Et ceste pratique (sous correction de meilleur avis) ne doit point tourner en coustume pour estre autorisée; ains au contraire, si elle a esté tolérée par le passé, il est meilleur de la corriger, comme a esté fait en beaucoup de semblables affaires. »

4. *Op. cit.*, p. 27 v^o : « Si l'on a donques osté les preuves qui se foisoient anciennement *per crucem* et *septimo manu per conjuratores*, nous esperons que celle-cy, comme estant contraire à la loy de nature et contre l'honnesteté publique sera rejetée. »

5. Claude Horry, *Nouveau traité du mariage chrétien*, p. 250 et s., en rapporte un exemple frappant d'après les plaidoyers de Nicolas Rousset, imprimés à Paris en 1607. Il s'agissait de deux veufs remariés ensemble, et la femme accusait le mari de frigidité, bien qu'il eût eu plusieurs enfants de

quelque sorte de style et de droit commun, dans les actions en nullité de mariage fondées sur l'impuissance du mari¹; et les femmes éhontées, qui, en intentant ces actions, n'avaient souvent pour but que de poursuivre et déguiser un véritable divorce, ne manquaient jamais d'en faire la demande dès le début du procès : ce n'est pas seulement le satiriste², mais aussi les jurisconsultes qui en témoignent³.

L'épreuve avait lieu devant des chirurgiens et des matrones⁴, peut-être également en présence du juge⁵.

sa première femme : « Le mari se défend par fin de non recevoir, alléguant sa première femme et ses enfans; néanmoins l'official ordonne le congrez, lequel a esté toléré par les arrests de la cour, comme seule preuve de la puissance ou impuissance. Appel par le mari. En cause d'appel, il presente requeste à ce que le delay de quinze jours porté par la sentence pour venir au congrez fût étendu à deux mois, dont il est debouté, ensemble de son appel par l'official de Noyon. Appel encore. L'official de Reims ordonne que la femme demeurera trois ans avec le mari dont *appel comme d'abus*... La cour (parlement de Paris) dit mal et abusivement jugé, ordonne que la première sentence sera exécutée, et pour cet effet renvoie devant l'official de Noyon... Arrest du jeudi, 19 janvier 1606. »

1. Mosnier, *op. cit.*, p. 701 : « Et avant que procéder en définitive, l'on a accoustumé d'interloquer sur le congrez. »

2. Boileau, satire VIII, v. 135 et s.

3. Hotman, *op. cit.*, p. 27 v° : « Aussi pensoit-on par adventure qu'un sy deshonneste congrez pourroit modérer la plainte des femmes, lesquelles au contraire (comme le siècle est malheureux) se sont par ce moyen fortifiées et dez le commencement de leurs procez requièrent elles-mesmes le congrez, seachans toutes que ce leur est un moyen indubitable de gagner leur procez. » — Anne Robert, *op. cit.*, p. 782 : « Tanta mulierum hujus sæculi procacitas est et licentia ut nihil fere quidquam occurrat in judiciis et senatu frequentius impudicis istis postulationibus et lascivis nuptiarum querimoniis, quæ non modo non vindicantur sed et magno fori ecclesiastici dedecore, etiam cum applausu admitti solent. »

4. Anne Robert, *op. cit.*, p. 790 : « Ut is, qui seu vere seu fecte frigidus dicitur et ad coitum inhabilis, virilitatis suæ specimen in turba facere ac præsentibus medicis et matronis coire cogatur. » — Le Ridant, *Code matrimonial*, p. 69 : « Pour l'exécuter (le congres) on choisit la maison d'un nommé Turpin, baigneur. Cinq médecins, cinq chirurgiens et cinq matrones y assistèrent. »

5. Hotman, *op. cit.*, p. 27 : « Car quelque assurance que tout homme se

Le congrès se maintint en France un peu plus de cent ans. Cependant, dès la fin du xvi^e siècle, les protestations n'avaient pas manqué. Les meilleurs jurisconsultes, Hotman, Févret, par exemple, démontraient clairement que non seulement c'était une procédure odieuse et infâme, mais que la preuve qui en résultait était des plus incertaines ¹. Il fallut, pour l'exclure, qu'en 1677 un procès particulièrement célèbre, la cause du marquis de Langey ², donnât au parlement de Paris

puisse promettre (s'il n'est aussi brutal et impudent qu'un chien) confessera, s'il veut à part soy et sans passion bien considérer, qu'il n'est en sa puissance se faire paroytre capable du mariage *en la présence de la justice que l'on révère*, à la vue des médecins, chirurgiens et matrones que l'on tient pour ennemis. » — C'est Cabassut qui fournit la description la plus détaillée de cette procédure, *Theoria et praxis juris canonici*, l. III, c. xxv, n° 6 : « In quibusdam Gallæ provinciis consuetudo inolevit ut non expectetur ad experientiam triennium, sed statuatur ut fiat conjugum congressus in alienis aedibus, de quibus conjuges ipsi convenerint aut quas judex ex officio assignaverit, certo die, in lecto cortinis circumvallato, præsentibus in eodem conclavi matronis et obstetricibus ab ipso judice deputatis, in alio autem contiguo conclavi assistentibus pariter medicis et chirurgis deputatis, per spatium trium quatuorve horarum, quibus elapsis, aut si per illud intervallum conjuges aut horum alter assistentes vocaverint, inspiciant assistentes personæ deputatæ si quæ sint congressus signa, et ad corporis feminei inspectionem sole admittantur feminae, ad virilis autem soli viri, qui quæve seorsim ea quæ sibi comperta fuerint in scripta referent judicibus legenda et examinanda... Et quod mirum videri possit, stylo episcopatus Parisiensis decernitur hujusmodi congressus, ut habetur in tomo III *Actuum et constitutionem cleri Gallicani*. »

1. Févret, *Traité de l'abus*, t. II, p. 106 : « Quant à l'autre preuve qui est le congrès, encore qu'elle ait été conçue et admise, toutefois c'est un moyen incertain, inutile et honteux, qui ne doit être admis qu'avec difficulté ou du tout rejeté, s'il se pouvoit. Il est incertain parce que les plus licenciés et voluptueux se trouvent assez souvent surpris en cet acte... C'est ce qui doit rendre ces essais odieux, et donner sujet aux juges de ne les point admettre et ordonner qu'avec une grande circonspection. » — Cf. Cabassut, *op. cit.*, l. III, c. xxv, n° 6.

2. Le marquis de Langey, dont le mariage avait été déclaré nul en 1659, après qu'il eût eu échoué dans l'épreuve du congrès, se remaria postérieurement et eut de cette seconde union sept enfants. Le Ridant, *Code matrimonial*, p. 67 et s.

l'occasion de le prohiber par un arrêt de règlement ¹. Cet arrêt du parlement de Paris fit jurisprudence générale ², et la jurisprudence française, devant les cours séculières et ecclésiastiques, revint aux seules preuves de l'impuissance que connaît le droit canonique classique. Nous avons même vu que certains soutenaient, mais à tort semble-t-il, que la preuve par le *juramentum septimæ manus* y était tombée en désuétude ; d'autres prétendaient aussi que l'épreuve de la cohabitation

1. Arrest du 18 février 1877 (Le Ridant, p. 84 : « La cour faisant droit sur les conclusions du procureur général du roi, fait défenses à tous juges, même à ceux des officialités, d'ordonner à l'avenir dans les causes de mariage la preuve du congrès. »

2. L'annotateur de Févret, *Traité de l'abus*, t. II, p. 406, note 1 : « Depuis cet arrêt rendu en forme de règlement, les officiaux n'ont plus ordonné cette preuve, et il y auroit abus s'ils y contrevenoient ; de sorte qu'on ne pratique plus aujourd'hui cette infâme épreuve, dont l'exécution étoit honteuse et l'effet incertain ; et il ne reste d'autres preuves d'impuissance que la visite. » — Cabassut, qui publia son traité en 1660, rapporte déjà un arrêt du parlement d'Aix du 16 février 1640 qui repoussa l'appel comme d'abus intenté par une femme à qui l'official diocésain d'Arles avait refusé le congrès et ordonna la cohabitation triennale des époux ; *op. cit.*, l. III, c. xxv, n° 7 : « Cum mulier ad senatum tanquam ab abusu ob denegatum sibi præfatum congressum appellasset, declaravit senatus nullum fuisse abusum, et remissa fuit mulier ad officialem. » C'est en second lieu un arrêt du parlement de Grenoble qui prit un moyen terme entre l'épreuve du congrès et celle du *triennium*, *op. et loc. cit.*, n° 9 : « Intermediam, inter diei unius aut alterius congressum et triennii cohabitationem, viam instituit senatus Gratianopolitanus in causa Susannæ Auguriæ circa viri sui, quam prætendebat, impotentiam ; suo namque senatusconsulto judicavit tribus mensibus sequestrari Susannam in domo conjugibus amicæ nec suspectæ personæ, ad quam viro liber foret accessus omni hora diei noctisque, cum plena congressus quandocumque collibitum fuerit libertate : exacto deinde trimestri partem utramque comparituram apud commissarium et juramento addicto responsuram num fuerit congressus consummatus. Si in eo facto discordent tum demum procedendum per visitationem medicorum et chirurgorum, de quibus partes convenerint, aut non convenientibus, quos commissarius designaverit... Istam porro intermediam viam, quam Gratianopolitanus senatus iniverat, vidi a quibusdam officialibus observatam et affectatam. » — Cabassut d'ailleurs, dans les éditions de son traité postérieures à 1677, a donné en addition l'arrêt de Langey ; édit. Paris, 1703, l. III, c. xxv, n° 8.

triennale n'y était pas admise. Mais cette dernière affirmation est certainement inexacte ¹.

IV

Sauf les modifications apportées par la constitution de Sixte-Quint, l'empêchement d'impuissance reste régi dans le dernier état du droit par les mêmes textes que dans le droit canonique classique. Mais le système décrit plus haut sur ce point ² est trop suranné pour s'être en réalité conservé intact. Sans le renier, les canonistes modernes savent écarter l'application de ses règles les plus singulières, et la pratique de la cour de Rome lui a substitué presque totalement un système tout différent.

En cette matière, deux points surtout étaient de nature à attirer les justes critiques de l'esprit moderne : la théorie du *maleficium*, la théorie de la preuve quand il s'agit de *frigiditas*.

Les textes sur le *maleficium* étant formels et nombreux et n'ayant pas été abrogés, les canonistes modernes ne nient point absolument que l'impuissance puisse provenir du maléfice, tout en reconnaissant que la plupart des faits jadis rangés sous ce chef proviennent de causes naturelles ³. Mais, en

1. Benoît XIV, *De synod. dioces.*, l. IX, c. x, n° 2 : « Neque enim fides habenda est quibusdam doctoribus Gallicanis asserentibus prædictam cohabitationem triennem non esse hodie in Galliis usu receptam; eorum si quidem assertionem falsitatis redarguit et valide confutavit Bouhier, præses parlamenti Divionis in suo tractatu, edito anno 1735, *De matrimonii dissolutione ex capite impotentiae*, p. 67. » — Cf. Horry, *Nouveau traité du mariage chrétien*, p. 251 et s.

2. Ci-dessus, t. I, p. 259 et s.

3. Feije, *De impedim.*, p. 414, note 1 : « In jure sermo est etiam de impotentia cœundi causata per maleficium seu dæmoni attribuenda. Posse ex maleficio impotentiam oriri absque temeritate negari nequit, quum concilia innumera, ritualia, theologi et canonistæ, ipsi quoque pontifices Romani hoc ponant. Imo potissimum contra hujusmodi maleficia suadebatur vel præscribebatur sacramentorum ante matrimonii celebrationem vel saltem consummationem susceptio... Insuper, ex signis, quæ auctores jundi-

même temps, ils semblent écarter ici l'empêchement dirimant en s'appropriant un raisonnement qu'avaient produit les plus anciens docteurs, mais qui jadis n'avait pas fait fortune. Ils se demandent si, dans ce cas, il peut jamais être prouvé que l'impuissance est perpétuelle et antérieure au mariage, deux conditions nécessaires pour qu'il en naisse un empêchement dirimant ¹. C'est en réalité condamner toute la théorie, et l'on sent bien que ce qu'ils en gardent n'est que pour la forme et par respect de la tradition.

Quant aux preuves de la *frigidity*, la jurisprudence et les instructions de la Congrégation du Concile maintiennent les anciens moyens de preuve ² : en premier lieu, la visite corporelle ³ ; puis, si les signes de l'impuissance ne sont pas physiquement évidents, mais seulement moralement certains, le *juramentum septimæ manus* ⁴ ; enfin, la cohabitation triennale, dont le délai court non pas à partir du jugement, mais à partir du commencement de la vie commune ⁵. Mais c'est

care solent, plura possunt absque ope dæmonis a causis naturalibus pervenire. » — Cf. Sehling, *Die Wirkungen der Geschlechtsgemeinschaft*, p. 73.

1. Feije, *De impedim.*, p. 414, note 1 : « Ob ejusmodi tamen impotentiam difficillime perveniretur ad matrimonii nullitatem declarandam : vix enim intelligitur quomodo ejusmodi impotentia possit esse et probari antecedens simul ac perpetua. »

2. Feije, *De impedim.*, n° 541 : « Ipsi sacri canones et præsertim praxis sedis apostolicæ, quam indicant causæ tractatæ in S. C. C. ac præcipue ejus instructio 22 aug. 1840, probationum seriem et diversitatem indicant. »

3. Feije, n° 542, 543.

4. Feije, n° 544 : « Si signa impotentiae non sunt physica evidentia sed tantum moraliter certa, præmittendum est juramentum a conjugibus se matrimonium non consummare potuisse, et necessarium etiam ut juramentum *septimæ manus*, quo septem pro utraque parte consanguinei, vel si tot consanguinei haberi nequeunt, vicini bonæ famæ jurent se credere conjuges dixisse verum. »

5. Feije, n° 544, 545. Il fait pourtant cette remarque, p. 417, note 2 : « Quod dixit Avanzius, *Acta s. sedis*, t. VI, p. 513 et 518, triennale experimentum videri ab aula recessisse, id restringendum utique ad multos casus signorum moraliter certorum. Dixerit illud Avanzius quia in plerisque causis jam adfuit cohabitatio per plures annos, et consequenter non præscribitur tunc triennium, quia hoc computatur a tempore attentatæ copulæ. »

là en quelque sorte un outillage démodé que l'on conserve, mais qui sert rarement; ou du moins il ne sert, le plus souvent, qu'à préparer une solution du litige, juridiquement tout autre que l'ancienne. En général, dans les demandes en nullité de mariage fondées sur l'impuissance qui viennent devant elle, et lorsqu'il est établi que le mariage en fait n'a pas été consommé, la Congrégation du Concile ne rend plus aujourd'hui de jugement prononçant la nullité ou la validité du mariage. Elle demande au pape d'user du pouvoir, qui lui est reconnu par le droit canonique, de dissoudre par une dispense les mariages non consommés ¹. Par ce moyen, qui peut être employé toutes les fois que la femme est encore vierge, c'est-à-dire dans tous les cas vraiment intéressants, on évite de rechercher les causes et la nature de l'impuissance. C'est, au fond, un divorce pour cause déterminée, autorisé par le pouvoir pontifical; on écarte ainsi les scandales et les incertitudes d'un procès en impuissance proprement dit, sans condamner deux époux à une vie insupportable et sans espoir.

SECTION TROISIÈME

Les empêchements prohibitifs.

Le concile de Trente n'a directement visé qu'un seul des empêchements simplement prohibitifs, le *tempus feriarum* ². Il l'a, à la fois, confirmé et réformé.

1. Feije, *De impedim.*, n° 545 : « Hodie re delata ad S. C. C. nunquam devenitur ad pronuntiandam nullitatem nisi denuo facta inspectione præstitisque reliquis supra indicatis. Imo signis manentibus dubiis solet potius sedes apostolica devenire ad dispensationem tantum, dummodo constet non esse consummatum et gravis sit dispensandi causa. Præfert tunc S. C. C. consulere SS^{mo} pro ejusmodi dispensatione, quia non potuit impotentia vel saltem ejus perpetuitas et antecedentia sufficienter probari ut dissolutioni ex justitia videatur esse locus... Hodie S. C. C., ut supra diximus, plerumque consulit SS^{mo} pro dispensatione in matrimonio rato non consummato, dummodo probata fuerit non consummatio et gravis existat causa. » — Voyez les décisions de la Congrégation citées par Feije, p. 419, note 2.

2. Ci-dessus, t. I, p. 441 et s.

C'était un de ceux qui avaient été particulièrement critiqués par les écoles protestantes ¹. Aux yeux des catholiques eux-mêmes, il était fort douteux que la prohibition dût être maintenue dans toute son étendue, c'est-à-dire *ab Adventu ad Epiphaniam, a Septuagesima ad octavam Paschatis, a diebus Rogationum ad octavam Pentecostes* ². En effet, selon les docteurs, sa principale raison d'être, c'est que jadis *tribus illis Paschatum temporibus communio esset ex præcepto ex concilio Agathensi, c. xviii* ³. Or, dans le droit nouveau, la communion n'était plus obligatoire qu'une fois par an, *solo Resurrectionis tempore* ⁴.

Le concile de Trente commença par défendre dans un canon la légitimité des règles anciennes, revendiquant pour l'Église le droit d'interdire la célébration du mariage à certaines époques de l'année ⁵. Mais, dans le décret de réforme, il limita la portée de la prohibition, interdisant seulement la célébration solennelle des mariages de l'Avent à l'Épiphanie, et du mercredi des Cendres à l'octave de Pâques ⁶.

1. Calvin, *Inst. christ.*, l. IV, c. xx, *in fine* : « Leges sanxerunt quibus tyrannidem suam firmarunt sed partim in Deum manifeste impias, partum in homines iniquissimas... Ne a Septuagesima ad octavas Paschæ, tribus hebdomadibus ante natalem Johannis, ab Adventu ad Epiphaniam nuptiæ celebrentur. »

2. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. VII, disp. VII, n° 1.

3. Saint Thomas d'Aquin, *Summa, Suppl.*, D. XXXI, qu. 1, article 5. — Sanchez, *De sacr. matr.*, l. VII, disp. VII, n° 1.

4. C. XII, X, *De pœnit.*, V, 38.

5. Sess. XXIV, *De sacr. matr.*, c. xi (Schulte et Richter, p. 216) : « Si quis dixerit prohibitionem solemnitis nuptiarum certis anni temporibus superstitionem esse tyrannicam ab ethnicorum superstitione profectam; aut benedictiones et alias cærimonias, quibus Ecclesia in illis utitur, damnaverit : anathema sit. »

6. Sess. XXIX, *De reform. matr.*, c. x (Schulte et Richter, p. 220) : « Ab Adventu Domini nostri Jesu Christi usque in diem Epiphaniæ, et a feria quarta Cinerum usque in octavam Paschatis inclusive, antiquas solemnium nuptiarum prohibitiones diligenter ab omnibus observari sancta synodus præcipit, in aliis vero temporibus nuptias solemniter celebrari permittit,

C'était, nous l'avons dit, une question anciennement agitée que de savoir si, pendant le *tempus feriarum*, le droit canonique défend la célébration même du mariage *ante faciem Ecclesiæ* (c'est-à-dire dorénavant *coram p̄rocho et testibus*) ou seulement les cérémonies religieuses et les fêtes profanes qui l'accompagnent, la bénédiction nuptiale et le festin de noces. C'est la seconde interprétation qui a triomphé; elle est d'ailleurs nettement commandée par les termes qu'a employés le concile soit dans le canon 11, soit dans le chapitre du décret de réforme ¹.

Si le concile de Trente n'a pas directement touché aux autres empêchements prohibitifs, il a cependant exercé sur eux une profonde influence. En effet, il renforça beaucoup la valeur de l'empêchement prohibitif. Dans le droit antérieur, lorsqu'il suffisait du simple consentement des époux pour contracter mariage, les fidèles ne respectaient les empêchements prohibitifs qu'autant qu'ils le voulaient bien : le mariage qu'ils avaient contracté à leur mépris n'en était pas moins valable, et les peines que l'Église prononçait contre les contrevenants n'étaient pas de nature à les arrêter le plus souvent. Dorénavant les choses changeaient d'aspect. Le mariage était nul s'il n'avait pas été célébré par le *proprius parochus*, et celui-ci ne devait point se prêter à la célébration s'il connaissait, même simplement de science privée et sans qu'aucune opposition eût été formée, l'existence d'un empêchement prohibitif ². L'empêchement prohibitif perdait son

quas episcopi ut ea quæ decet modestia et honestate fiant curabunt. Sancta enim res est matrimonium et sancte tractandum. »

1. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. VII, disp. VII, n° 12 : « Quod primo probatur ipsa Ecclesiæ consuetudo, passim enim his temporibus matrimonia ineuntur conviventibus prælati, nec punientibus parochos qui intersunt..., quia non expedit ut pia mater Ecclesia matrimonium tot temporibus prohiberet iniri, daretur enim ansa tunc admittendi plurima carnis peccata, cum non possint homines tunc matrimonio copulari, quod in concupiscentiæ remedium est introductum. »

2. Voyez Benoît XIV, *De syn. dioces.*, ci-dessus, t. II, p. 237, note 4.

caractère simplement comminatoire et devenait, dans la plupart des cas, un obstacle sérieux ou même insurmontable.

Cette transformation eut une conséquence inattendue, mais logique. Elle fit tomber en désuétude et supprima les nombreux empêchements prohibitifs que les canonistes maintenaient encore sur la liste parce qu'ils avaient existé anciennement et se trouvaient mentionnés dans les textes du *Corpus juris canonici*, bien qu'ils ne s'expliquassent que par un état social depuis longtemps disparu. La persistance de ces empêchements dans la doctrine canonique ne présentait pas de grands inconvénients, tant qu'ils n'avaient qu'une efficacité restreinte et presque nominale. Mais, dorénavant, il n'en était plus ainsi. Maintenir ces empêchements, c'eût été non pas les conserver avec leur importance ancienne, mais leur conférer une importance toute nouvelle; c'eût été rajeunir leur force, alors que leurs prescriptions étaient irrémédiablement vieilles. Aussi, dès le xvii^e siècle, voyons-nous la liste des empêchements prohibitifs singulièrement raccourcie par la doctrine canonique. Cabassut n'en compte plus que cinq : le *votum simplex castitatis*, le *catechismus*, les fiançailles antérieurement contractées avec une tierce personne, l'*interdictum Ecclesiæ*, et le *tempus feriarum*. Pour tous les autres, il les considère soit comme inexistantes, soit comme abrogés par le concile de Trente¹ ou par la coutume². Les meilleurs canonistes contemporains confirment ce résultat. Ainsi Feije, après avoir

1. Le concile de Trente n'en avait, à proprement parler, abrogé aucun ; mais, par ses réformes, il avait indirectement amené leur désuétude.

2. *Theoria et praxis juris can.*, l. III, c. xxi, n° 1 : « Quædam autem contractas nuptias non dirimunt, sed eas contrahi prohibent... Atque istius secundi generis quinque sunt impedimenta. Primum est votum simplex sive castitatis sive religionis suscipiendæ. Secundum est catechismus. Tertium sponsalia cum alio adhuc vivente conventa. Quartum est prælati seu judicis interdictum contrahendi, donec plenior de impedimentis notitia accesserit. Quintum est tempus intra quod prohibet Ecclesia matrimoniorum solemnia. Reliqua vero, quæ nonnulli censent impedimenta, vel nulla sunt, vel a concilio Tridentino abolita, vel a consuetudine. »

rappelé que les empêchements dirimants sont d'ordinaire énumérés dans ce vers mnémotechnique :

Ecclesiæ vetitum, tempus, sponsalia, votum,

ajoute bien, il est vrai, que cette liste n'est pas complète, cela est parfaitement exact, car il faut y joindre tout au moins *l'impedimentum mixtæ religionis*. Mais, aussitôt après, enseigne d'une façon très nette que les anciens empêchements prohibitifs fondés sur le *crimen* sont aujourd'hui abrogés et même il comprend dans cette abrogation l'empêchement résultant du *catechismus* que Cabassut maintenait encore ¹.

SECTION QUATRIÈME

Les actions en nullité.

Le concile de Trente et la législation postérieure n'ont pas réglementé à nouveau, directement et spécialement, la matière des actions en nullité de mariage. Mais ils ont édicté des règles importantes sur les causes matrimoniales en général dont quelques-unes ont un rapport des plus étroits avec les principes des actions en nullité.

Le concile de Trente a décidé que les causes matrimoniales en première instance, seraient exclusivement de la compétence des évêques : ne peuvent plus jamais en connaître les doyens

1. *De impedim.*, n° 548 : « Insuper existebant olim quædam alia impedimenta impedientia, de quibus disputatur an adhuc vigeant, aliis sententibus ea esse per generalem consuetudinem sublata, imo unius alterius in ipso jure existentiam esse dubiam, aliis vero ea, vel certe aliqua, adhuc vigere. Talia erant catechismus seu responsio pro infante in supplementum caeremoniarum baptismi, et graviora quædam crimina, nempe incestus, uxoricidium, et probabilius etiam viricidium, presbytericidium, propriæ personæ interfectio, matrimonium attentatum cum moniali, propriæ proli collatio, baptismus vel illius susceptio ex malitia ad frustrandam compartem, rapina, sponsæ alienæ; item pœnitentia publica. Existimamus in praxi hujusmodi impedimenta tuto haberi pro sublatis, non excepto incestu, de quo graviter quæstio est, nisi tamen in alterius impedimenti dispensatione sedes peculiari clausula novum matrimonium incestuoso prohibuerit. »

archidiacres, ou autres, qui, d'après le droit antérieur, avaient acquis compétence à cet égard par l'effet de la coutume ou de la prescription ¹. Le même texte porte que les parties ayant prouvé leur pauvreté devant l'évêque ne pourraient être forcées de plaider hors de la province, en seconde ou en troisième instance, si ce n'est aux frais de l'adversaire ².

Ces réformes opérées par le concile ont déjà une certaine importance; mais une réglementation nouvelle et bien plus notable est contenue dans une constitution de Benoît XIV ³. Le pape a eu pour but de donner une force plus grande au principe de l'indissolubilité du mariage, en empêchant qu'il ne soit tourné par la connivence des parties, grâce à la légèreté des juges. Il veut qu'aucun divorce ne puisse se glisser sous le couvert d'une nullité de mariage trop facilement admise. Voici les précautions qui sont prises.

D'abord le gouvernement pontifical apportera le soin le plus scrupuleux dans le choix des *judices delegati*, auxquels il commet souvent le jugement des causes matrimoniales. Spécialement, semblable commission ne devra jamais être donnée aux doyens et archidiacres, auxquels le concile de Trente refuse dans ces matières un droit de juridiction propre : c'est en principe un évêque qui devra être choisi ⁴.

Puis des précautions, des règles de procédure nouvelles sont introduites. Elles ont un caractère général, visant toutes les

1. Sess. XXIV, *De reform.*, c. xx (Schulte et Richter, p. 388) : « Ad hæc causæ matrimoniales et criminales non diaconi, archidiaconi, aut aliorum inferiorum judicio, etiam visitando, sed episcopi tantum examini et jurisdictioni relinquuntur (etiamsi in præsentî inter episcopum et decanum seu archidiaconum aut alios inferiores super causarum istarum cognitione lis aliqua in quacunque instantia pendeat). »

2. Sess. XXIV, *De reform.*, c. xx (Schulte et Richter, p. 388) : « Coram quo (episcopo), si pars vere pauperlatem probaverit, non cogatur extra provinciam nec in secunda nec in tertia instantia in eadem causa matrimoniali litigare, nisi pars altera et alimenta et expensas litis velit subministrare. »

3. Constitution *Dei miseratione* de l'année 1741, dans Schulte et Richter, p. 565.

4. Schulte et Richter, *loc. cit.*, § 1-3.

causes matrimoniales; mais cependant elles comportent deux systèmes distincts. L'un s'applique aux causes matrimoniales qui s'agissent devant d'autres tribunaux que ceux de la cour de Rome (*quoad causas matrimoniales quæ extra Romanam curiam pertractantur*); le second s'applique aux procès qui viennent en cour de Rome.

Pour les premières, dans toute cause qui met en jeu la validité ou la nullité d'un mariage, un personnage spécialement appelé *defensor matrimonii*, devra intervenir à côté des parties. Il devra assister, ou tout au moins être cité, à tous les actes du procès : ceux auxquels il n'aurait point été cité seront considérés comme radicalement nuls ¹. Ce *defensor* sera nommé par chaque juge ordinaire, et pris de préférence *ex cœtu ecclesiastico*. Il aura un mandat permanent, et pourra d'ailleurs être destitué ou remplacé par celui qui l'a institué. Il prêtera serment de bien remplir ses fonctions et renouveler ce serment dans chaque cause particulière ². On l'exhorte à prêter gratuitement son ministère, mais on ne lui défend pas d'exiger une rémunération; celle-ci sera alors fournie, sur l'ordre du juge, par la partie qui soutient la validité du mariage, si elle est en état de la payer; sinon, le juge en prélèvera le montant sur le produit des amendes appliquées aux œuvres pies ³. Lorsque la cause viendra devant un *jude delegatus*, celui-ci choisira un *defensor* dans le diocèse où siège ⁴.

1. Schulte et Richter, *loc. cit.*, § 5-7.

2. Schulte et Richter, *loc. cit.*, § 7.

3. Schulte et Richter, *loc. cit.*, § 10.

4. Schulte et Richter, *loc. cit.*, § 10, 12. [En Pologne, le premier défenseur du lien fut institué par l'évêque de Cracovie en 1747 seulement, six ans après la constitution *Dei miseratione*. Les défenseurs du lien semblent avoir joué un rôle efficace et fait triompher le principe qu'on doit juger en faveur du mariage, alors que jusqu'alors dans ce pays la nullité du mariage était aisément proclamée sur de faibles présomptions. C. Alexandrowicz, *De primis vinculi matrimonii in judicio episcoporum Cracoviensium defensoribus*, Rome, 1933.] J. D.

Par la création de ce surveillant officiel des causes matrimoniales et spécialement des actions en nullité, le pape Benoît XIV a mis en œuvre, en la perfectionnant, une idée qu'avait eue au ^{xiii}^e siècle Hostiensis ¹; mais ce n'est pas tout, et d'autres précautions sont encore prises. Non seulement le *defensor* doit assister à tous les actes et produire tous les arguments qui militent en faveur de la validité du mariage, mais il a aussi, dans certains cas, le droit et le devoir d'interjeter appel de la sentence rendue. Si le jugement rendu en première instance a prononcé la validité du mariage et que les parties n'en forment pas appel, le *defensor* ne peut pas non plus en appeler; et il faut en dire autant d'un jugement rendu en seconde instance et également en faveur du mariage ². Mais, au contraire, quand la nullité du mariage a été déclarée en première instance, le *defensor*, à défaut des parties, est tenu d'en interjeter appel ³. Cependant, si, sur cet appel, le jugement rendu en seconde instance confirme la nullité du mariage, il est permis au *defensor*, comme aux parties, de ne point former un nouvel appel; les époux peuvent alors, chacun de leur côté, contracter une nouvelle union, sans que, pour cela, la sentence passe jamais en force de chose jugée, conformément aux principes généraux ⁴. Dorénavant, d'ail-

1. Ci-dessus, t. I, p. 468.

2. Schulte et Richter, *loc. cit.*, § 8.

3. Schulte et Richter, *loc. cit.*, § 8, p. 567 : « Sin autem contra matrimonii validitatem sententia feratur, defensor intra legitima tempora appellabit adhærens parti, quæ pro validitate agebat; quum autem in judicio nemo unus sit, qui pro matrimonii validitate negotium insistat, vel si adsit, lata contra eum sententia judicium deseruerit, ipse ex officio ad superiorem judicem provocabit. »

4. Schulte et Richter, *loc. cit.*, § 11 : « Si secunda sententia alteri conformis fuerit, hoc est, si in secunda æque ac in prima nullum ac irritum matrimonium judicatum fuerit, et ab ea pars vel defensor, pro sua conscientia non crediderit appellandum vel appellationem interpositam minime prosequendam censuerit, in potestate et arbitrio conjugum sit novas nuptias contrahere... Salvo semper et firmo remanente jure seu privilegio causarum

leurs, deux époux ne pourront point considérer leur mariage comme nul, et se regarder eux-mêmes comme libres d'en contracter un second, tant qu'il n'aura été rendu qu'une seule sentence sur la question de nullité, alors même que, par la négligence du *defensor*, l'appel n'en aurait point été interjeté. Celui qui contracterait dans ces conditions avant qu'une seconde sentence eût été provoquée et rendue, serait frappé non seulement des peines édictées contre ceux qui contractent au mépris de l'*interdictum Ecclesiæ*, mais encore puni comme bigame¹; il en est de même de celui qui contracterait, l'appel étant encore pendant.

Pour les causes matrimoniales qui se jugent à Rome (*quæ Romæ diceptandæ sunt*), qu'elles viennent en première, en seconde ou en troisième instance, soit devant le cardinal-vicaire, soit devant la Congrégation du Concile, soit devant l'*auditorium* du palais pontifical, le pape ordonne d'abord la constitution d'un *defensor matrimonii*, selon le principe ci-dessus exposé². Puis il s'occupe des causes qui viennent directement, en première instance, devant la Congrégation du Concile, ou devant l'*auditorium*, ou devant une congrégation particulière, afin d'assurer, pour ces cas, une garantie équivalente à celle que fournit pour les juridictions ordinaires l'appel obligatoire, ici impossible. Le pape décide que jamais une seule sentence, rendue par l'un de ces corps et prononçant la nullité du mariage, ne suffira pour permettre aux époux de contracter une nouvelle union. Il faudra toujours, pour cela, un second jugement, rendu, selon les cas, ou par le même

matrimonialium, quæ ob cujuscunque temporis lapsum numquam transeunt in rem judicatam. »

1. Schulte et Richter, *loc. cit.*, § 9 : « Appellatione a prima sententia pendente, vel etiam nulla ob malitiam vel oscitantiam vel collusionem defensoris et partium interposita, si ambo vel unus ex conjugibus novas nuptias celebrare ausus fuerit, volumus ac decernimus, ut non solum serventur, quæ adversus eos, qui matrimonium contra interdictum Ecclesiæ contrahunt, statuta sunt. »

2. Schulte et Richter, *loc. cit.*, § 13.

corps, ou par des juges pris dans le même corps, mais autres que ceux qui avaient participé au premier jugement, ou par une autre congrégation, quand l'affaire était venue la première fois devant une congrégation particulière¹.

1. Schulte et Richter, *loc. cit.*, § 14.

CHAPITRE VI

Le divorce et la séparation de corps. — Le concubinat.

I. Le divorce pour cause d'adultère devant le concile de Trente. — II. Les autres causes de divorce. — III. Le *divortium quoad torum*. — IV. Le concubinat.

Les règles du droit canonique classique sur le divorce et la séparation de corps étaient le produit d'une évolution trop longue et trop logique pour n'être point définitives. Elles n'ont fait que s'affirmer dans les temps modernes avec une rigueur plus grande, et l'Église a placé au rang des dogmes l'indissolubilité du lien conjugal. Il faut voir quand et comment s'est produite la proclamation législative de cette doctrine.

I

La question du divorce se posa forcément devant le concile de Trente. La doctrine de l'Église sur ce point avait été nettement repoussée par les écoles protestantes qui, inspirées par un sentiment d'humanité et de justice, avaient proclamé que l'indissolubilité du mariage ne pouvait être acceptée comme une règle absolue. En même temps elles s'accordaient à ne point admettre la liberté du divorce; elles ne le concédaient que pour certaines causes déterminées et prétendaient établir leur doctrine à cet égard sur les textes des Écritures et sur l'histoire de l'Église. Deux tendances diverses se manifestaient d'ailleurs parmi elles. Les unes admettaient seulement

le divorce à raison de l'adultère, auquel cependant elles assimilaient l'abandon dolosif et persistant de l'un des époux par son conjoint¹. Les autres considéraient également comme causes légitimes de divorce véritable les sévices et mauvais traitements². Dans ces débats il est évident que le point fortifié autour duquel devait se concentrer l'attaque et la défense, c'était le divorce pour cause d'adultère : c'était le cas le plus favorable, soit au point de vue des sentiments de justice, soit au point de vue des textes évangéliques ; c'était, on le sentait, la clef de toute la position. Si, sur ce point, il était fait brèche dans la doctrine, on sentait que bien d'autres causes de divorce passeraient à la suite³ ; si, au contraire, on tenait ferme sur ce point, on se maintiendrait aussi sur tous les autres⁴.

Aussi, ce fut d'abord la seule question que l'on présenta au concile de Trente. Elle était comprise parmi les huit propositions qui furent préalablement soumises à l'examen des *theologi minores*⁵, et, dès les premiers débats, on en vit bien

1. [Luther admettait quatre causes de divorce : adultère, impuissance (postérieure au mariage), refus du devoir conjugal et désertion malicieuse. L'école de Strasbourg et surtout Bucer ajoutent plusieurs autres causes, notamment les sévices et même l'incompatibilité d'humeur. Fahrner, *Ehescheidung*, p. 246 ; F. Wendel, *Le mariage à Strasbourg à l'époque de la Réforme*, Strasbourg, 1928, p. 152 et s. ; Dove et Sehling, *Ehescheidung*, dans *Realencyclopädie für protestantische Theologie und Kirche*, XXI, 1908 ; Friedrich Albrecht, *Verbrechen und Strafen ab Ehescheidungsgrund nach evangelischen Kirchenrecht*, Stuttgart, 1903.]

2. [Voyez sur ce point Friedberg, *Lehrbuch des katholischen und evangelischen Kirchenrechts*, 6^e édit., 1909, p. 514 ; Fahrner, *Geschichte der Ehescheidung im kanonischen Recht*, 1903, p. 244 et s.]

3. Dans les Églises évangéliques allemandes, il se produisit un développement dans ce sens : le divorce, d'abord admis seulement pour une ou deux causes, fut bientôt largement ouvert. Voyez Richter-Dove-Kahl, *op. cit.*, p. 1178 et s.

4. [Même parmi les catholiques des doutes sérieux s'étaient élevés sur l'indissolubilité absolue du mariage. Fahrner, *Ehescheidung*, p. 248 et 249.]

5. Theiner, *Acta*, II, p. 232 ; Ehses, *Concilium Tridentinum*, IX, p. 380 : « III. Licet post repudiatam uxorem causa fornicationis iterum contrahere, vivente priore uxore. »

l'importance et aussi la difficulté. Tous les docteurs qui prirent la parole étaient partisans de l'indissolubilité absolue. C'était, pour eux, la conséquence nécessaire du sacrement ¹, et ils cherchaient à écarter par des raisonnements l'idée de justice qu'on invoquait contre eux ². Mais deux objections leur paraissaient graves cependant. L'une était tirée du passage célèbre de l'Évangile selon saint Mathieu, qui s'interprétait si naturellement en faveur du divorce; l'autre était puisée dans l'histoire de l'Église, qui montrait le divorce, pour adultère de la femme, admis par des Pères anciens et longtemps pratiqué ³. Par l'interprétation subtile de la théologie, les docteurs s'efforçaient de ramener le texte de Mathieu à l'opinion orthodoxe ⁴, et ils tâchaient d'affaiblir le témoignage des Pères dissidents ⁵. Néanmoins l'un d'eux, Didacus de Sarra, reconnaissait que le texte de saint Mathieu pouvait en lui-même

1. Jacobus Hugonis (Theiner, II, p. 246; Ehses, IX, p. 414) : « Si licuisset aliam ducere, vinculum matrimonii non fuisset indissolubile, ergo nec rationem sacramenti habuisset. Nam de ratione sacramenti est indissolubilitas. »

2. Antonius Demochares (Theiner, II, p. 244; Ehses, IX, p. 411) : « Præterea cum dicitur : Nemo puniendus est innocens et ex consequenti non debet puniri homo propter fornicationem uxoris, responde : Talis non cogitur dimittere uxorem, sed permittitur. Quod si liceret viro aliam ducere, ergo liceret uxori, et ex consequenti adveniret etiam commodum uxori. »

3. Antonius Demochares (Theiner, II, p. 245; Ehses, IX, p. 412) : « Ivo Carnotensis excommunicavit Rodulphum comitem, quod uxorem duxerit, dimissa priore, et Barthol(omæus) Suessionensis episcopus et duo alii episcopi suspensi sunt ab officio quia in id consensissent. »

4. Jacobus Hugonis (Theiner, II, p. 246; Ehses, IX, p. 413); Johannes Ramirez (Theiner, II, p. 247-248; Ehses, IX, p. 416-7).

5. Antonius Demochares (Theiner, II, p. 244; Ehses, IX, p. 411) : « Responde Ambrosii dictum falsum esse. Nam ipse Ambrosius de Abraam contrarium dixit, et in aliis locis : nec unquam id permisit suis diœcesanis, ut ex historiis constat. Alia auctoritas est Gregorii III ad Eustachium, qui concedit viro quod, muliere infirmante, alteri nubat. Quam auctoritatem falsam esse asserunt. Et ad Origenem super *Matth.*, XIX, qui dixit præsidem Ecclesiæ permisit uxorem nubere, vivente viro : responde id factum fuisse, quod tamen ab Origene reprehenditur. »

s'interpréter en faveur du divorce¹; qu'il y avait sur ce point un doute. Mais les docteurs invoquaient comme décisive la coutume de l'Église romaine²; la détermination de l'Église avait fixé ce qui autrement pouvait paraître douteux³.

D'après ces débats, on composa un canon qui fut soumis en première lecture aux Pères du concile : il condamnait directement et formellement la thèse d'après laquelle le mariage pouvait être dissous pour adultère de l'un des époux, de telle façon que l'un et l'autre époux, ou du moins l'époux innocent, pût contracter un nouveau mariage. L'anathème était prononcé contre ceux qui soutenaient cette opinion⁴. Mais ce sixième canon, qui, dans cette forme raide, présentait la proposition comme une vérité éternelle et absolue et en faisait un dogme, souleva, dès la première lecture, une assez vive opposition. Personne ne se fit l'avocat du divorce; mais beaucoup

1. Theiner, II, p. 249; Ehses, IX, p. 420 : « Hic sic positus probatur ex verbis *Matth.*, xix, non satis constare quid Dominus voluerit. Nam Dominus interrogabatur de dimissione, quæ, ut dictum est, includebat quod posset aliam ducere. Interrogabatur itaque an omnem ob causam liceret. Respondit non omnem ob causam licere : ob quam igitur? Ob nullam, inquit, excepta causa fornicationis. Ergo propter fornicationem licet ita dimittere et aliam ducere. Nam regula est quod exceptio format regulam in contrarium. Quare quantum sit ex his verbis licet dubitare, et Aug(ustinus) dubitavit atque Ambros(ius). »

2. Matthæus Guerra (Theiner, II, p. 248; Ehses, IX, p. 418) : « Ex consuetudine etiam Romanæ Ecclesiæ, quæ omnium mater est et magistra, idem comprobatur, cum nunquam papæ cum talibus dispensaverint. »

3. Didacus de Sarra (Theiner, II, p. 249; Ehses, IX, p. 420) : « His subnectam secundam conclusionem : in dubiis recurrendum est ad determinationem Ecclesiæ; nam a Christo dictum est : Spiritus Sanctus manebit vobiscum in æternum. Tertia conclusio : aliquando licuit dubitare de hac propositione, non licuit tamen facere contra illam et post determinationem Ecclesiæ ne tantillum quidem dubitare licet. »

4. Theiner, p. 313; Ehses, IX, p. 610 : « VI. Si quis dixerit propter adulterium alterius conjugum posse matrimonium dissolvi et utrique conjugum, vel saltem innocenti, qui causam adulterio non dederit, licere novare conjugium, neque mœchari eum, qui, dimissa adultera, aliam duxerit; neque eam, quæ, dimisso adultero, alii nupserit : anathema sit. »

demandaient qu'on cherchât, pour le condamner, une forme plus douce, qu'on ne prononçât pas l'anathème contre ceux qui en avaient soutenu la légitimité¹. Ceux-là rappelaient que telle avait été l'opinion d'un certain nombre de Pères de l'Église, et qu'il ne fallait point lancer l'anathème contre ces docteurs². Ils rappelaient aussi que la pratique de l'Église

1. Voyez les orateurs suivants : *Rossanensis senior* (Theiner, II, p. 316; Ehses, IX, p. 644); *Rossanensis junior* (Theiner, p. 316; Ehses, p. 645-6); *Lancianensis* (Theiner, p. 317; Ehses, p. 651); *Naxiensis* (Theiner, p. 317; Ehses, p. 652); *Millopotamensis* (Theiner, p. 318; Ehses, p. 652); *Senonensis* (Theiner, p. 318; Ehses, p. 652); *Hieropetrensis* (Theiner, p. 319; Ehses, p. 654); *Segobiensis* (Theiner, p. 320; Ehses, p. 656); *Mutinensis* (Theiner, p. 322; Ehses, p. 658); *Montisfalisci* (Theiner, p. 324; Ehses, p. 662); *Brixienensis* (Theiner, p. 327; Ehses, p. 668); *Gaditanus* (Theiner, p. 330; Ehses, p. 672); *Lucensis* (Theiner, p. 331; Ehses, p. 674); *Alyphanus* (Theiner, p. 332; Ehses, p. 675); *Monopolitanus* (Theiner, p. 332; Ehses, p. 675). D'autres demandaient la suppression pure et simple du canon 6 : *Aquetanensis* (Theiner, p. 323; Ehses, p. 660); *Nucerinus* (Theiner, p. 330; Ehses, p. 673).

2. *Rossanensis senior* (Theiner, II, p. 316; Ehses, p. 644) : « In VI can. non videtur sibi procedendum per viam anathematis, sed tantum decreti, ne feriat s. Ambrosius. » — *Rossanensis junior* (*ibidem*) : « VI contradicit s. Ambrosio (C. XXXII, qu. 7) ubi dicitur quod plures quam Ambrosius id dixerunt; idem apparet in concilio Arelatensi; Augustinus videtur solum assignare peccatum veniale dimittenti uxorem; quare tot doctores non sunt anathemate feriendi, aut addatur aliqua declaratio. » — *Gaditanus* (Theiner, II, p. 330; Ehses, IX, p. 672) : « In VI est auctoritas Ambrosii et aliquorum canonum, C. XXXII, qu. 7, c. XIII, si mulier infirmitate correpta non potest debitum reddere, vir nubat, et est textus Gregorii III ad Bonifacium et Johannis VIII ad episcopos Bulgaros : quod si vir comprehendat uxorem conspirasse in vitam mariti, vir nubat, si non potest contineri; et ipsa maneat in pœnitentia injuncta; mulier incitata a marito in adulterium, si non potest contineri, nubat alii viro; ait Ivo : Si mulier non potest contineri, nubat cui voluerit in Domino. Quare hic canon fiat absque anathemate. » — *Segobiensis* (Theiner, II, p. 320; Ehses, IX, p. 656) : « VI can. placet quoad materiam, non autem quoad dispositionem; nam textus Evangelii ab Ambrosio, Basilio, Origene, Hilario et Gregorio magno intellectus fuit de separatione quoad vinculum. » — *Alyphanus* (Theiner, II, p. 332; Ehses, IX, p. 675) : « Canon sextus non placet. Nunquam enim Ecclesia anathemate processit, nisi quod est contrarium communi consensui catholicorum. Christus mitigat legem latam in *Deuteronomio* contra adul-

avait pendant longtemps toléré le divorce¹, et que telle était la coutume traditionnelle de l'Église orientale². Il se trouvera même des Pères qui, dans la suite des débats, produiront à cet égard une thèse curieuse. Ils soutiendront que l'on peut trouver dans les textes de l'Écriture un empêchement prohibitif contre le nouveau mariage des divorcés, mais non un empêchement dirimant, que ce dernier n'a été introduit que par la constitution de l'Église³. Dans cette revue des opinions anciennes, on ne manqua pas de rapporter celle, longtemps puissante, qui faisait une différence entre le mari et la femme, permettant seulement au premier de contracter à nouveau en cas d'adultère de l'épouse⁴. L'évêque de Ségovie proposait,

teras, dicens eas non interficiendas sed repudiandas. Tempore Origenis poterat duci alia. Eadem est opinio Basilii, qui vocat hanc consuetudinem Ecclesie in viro respectu uxoris, et non est contra. Idem dicunt Tertullianus, Lactantius et Hilarius, idem Ambrosius, idem Gregorius II, ve III. Augustinus dicit quod ducens aliam propter fornicationem venialiter peccat, nec unquam percussi sunt anathemate sic contrahentes. »

1. *Segobiensis* (Theiner, II, p. 351; Ehses, IX, p. 709 : « Aliqui doctores asserunt dissolvi matrimonium propter minorem causa quam adulterium... Verisimile est quod tempore Tertulliani usus ducendi aliam uxorem erat in Ecclesia Africana, tempore Hilarii in Ecclesia Gallicana, tempore concilii Toletani in Hispana. »

2. *Ostunensis* (Theiner, II, p. 359; Ehses, IX, p. 723-724 : « Hic enim ritus Græcorum non incepit tempore schismatis nec tempore hæresum ob quas damnantur, sed quando Græci erant uniti cum sede apostolica. Quare Eugenius IV in concilio Florentino, cum ipsi nollent relinquere hanc opinionem, non tamen eos damnavit. »

3. *Granatensis* (Theiner, II, p. 340; Ehses, IX, p. 688-689) : « VI quamvis sit verus et ipse credat quod prohibitum est a Scriptura propter fornicationem aliam ducere, tamen a Scriptura non habetur irritatio, quia non omnis prohibitio causat irritationem, ut puta post votum simplex contrahens facit contra prohibitionem, tamen matrimonium non est irritum. Similiter potest stare quod Christus prohibuerit propter fornicationem aliam ducere, tamen non propter hoc sequitur quod irritaverit. » — *Ostunensis* (Theiner, II, p. 359; Ehses, IX, p. 724) : « Alicubi invenitur in tali casu adjuncta penitentia, sed non dirimitur matrimonium. »

4. *Hydruntinus* (Theiner, II, p. 315; Ehses, IX, p. 644) : « In VI dicatur de viro non permitti ducere uxorem, non autem de muliere, quia

vaient cependant les coutumes et les rites de l'Église orientale¹ : tels étaient en particulier les habitants de la Crète, de Chypre, de Corcyre, de Zacinthe et de Céphalonie. Or, la coutume traditionnelle de l'Église grecque admettait le divorce en cas d'adultère, et, quoique bien connue, elle n'avait été condamnée sur ce point par aucun concile général². Il serait donc injuste et impolitique de lancer l'anathème contre les Grecs, à raison de cet usage. Les orateurs vénitiens proposaient, en conséquence, une rédaction qui n'avait pas cet inconvénient et qui se rapprochait beaucoup de celle qu'avait suggérée l'évêque de Ségovie³.

Cette pétition fit incontestablement une grande impression sur le concile. Dans cette seconde lecture, un grand nombre de Pères déclarèrent formellement qu'il était juste de faire

1. Theiner, II, p. 338; Ehses, IX, p. 686 : « Præsertim cum in locis prædictis aliisque ditiori nostræ subjectis, licet suo ritu vivant, obediunt tamen præsulibus ecclesiasticis a sede apostolica assumptis. »

2. Theiner, II, p. 338; Ehses, IX, p. 686 : « Exploratum quidem est consuevisse Græcos fornicariam uxorem dimittere et aliam ducere, sequendo, ut dicunt, antiquissimum ritum sanctorum Patrum; nec in aliquo œcumenico concilio ob hoc condemnati aut aliquo anathemate percussi, quamvis ritus ipse fuisset Romana et catholica Ecclesia semper totissimus. »

3. Theiner, II, p. 338; Ehses, IX, p. 686 : « Si quis dixerit sacramentum Romanam catholicam et apostolicam Ecclesiam, quæ est aliam in omnium magistra, errasse vel errare, quando propter adulterium alterius conjugum docuit et docet matrimonium non posse dissolvi, et utrumque conjugum vel saltem innocentem qui causam adulterio non dederit, non debere, altero conjugæ vivente, aliud matrimonium contrahere, et maritum eum qui, dimissa adultera, aliam duxerit, et eam, quæ, dimisso adultero, alii nupserit : anathema sit. » — On pourrait croire, d'après le texte de Theiner, II, p. 338, que les orateurs français avaient aussi fait une proposition dans le même sens : *Card. Lotharingus* : « VII sic aptetur : Si quis dixerit Ecclesiam catholicam errasse vel errare quando propter adulterium, etc., ut dicitur in canone proposito *ab oratoribus Gallis*. » Mais le mot *Gallis* ne figure pas dans le texte des *Acta*. Le cardinal de Lorraine cite évidemment les orateurs de Venise qui viennent de parler (Ehses, IX, p. 687). Massarellus lui-même donne ce relevé (Theiner, p. 371; Ehses, p. 747) : « Patres qui petunt satisfieri oratoribus Venetis sunt 97. »

droit à la demande des Vénitiens ¹. D'autres, en même temps, parlaient dans le même sens, mais surtout pour les raisons de fond qui avaient été produites dans la première lecture ².

1. [*Venetiarum* (Theiner, *Acta*, II, p. 339; Ehses, *Concil. Trident.*, IX, p. 686); *Cretensis* (Theiner, p. 339; Ehses, p. 688); *Granatensis* (Theiner, p. 340; Ehses, p. 688); *Florentinus* (Theiner, p. 340; Ehses, p. 690); *Antibarensis*, *Rossanensis junior*, *Severinus*, *Jadrensis* (Theiner, p. 341; Ehses, p. 690); *Lancianus*, *Panormitanus* (Theiner, p. 344; Ehses, p. 699); *Rheginus*, *Naxiensis* (Theiner, p. 345; Ehses, p. 700); *Cattarensis* (Theiner, p. 346; Ehses, p. 701); *Millopotamensis* (Theiner, p. 346; Ehses, p. 702); *Cataniensis*, *Civitatis Castellane*, *Minerbiensis* (Theiner, p. 347; Ehses, p. 702); *Andegavensis*, *Bretonoriensis*, *Castrensis* (Theiner, p. 347; Ehses, p. 703); *Clodiensis* (Theiner, p. 348; Ehses, p. 704); *Justinopolitanus* (Theiner, p. 349; Ehses, p. 706); *Recanatensis* (Theiner, p. 349; Ehses, p. 707); *Cenetensis* (Theiner, p. 350; Ehses, p. 707); *Brugnatensis*, *Umbriaticensis* (Theiner, p. 350; Ehses, p. 708); *Segobiensis* (Theiner, p. 351; Ehses, p. 709); *Niciensis* (Theiner, p. 351; Ehses, p. 710); *Calammonensis* (Theiner, p. 352; Ehses, p. 711); *Segninus*, *Insulanus*, *Fesulanus* (Theiner, p. 352; Ehses, p. 712); *Lesinensis* (Theiner, p. 353; Ehses, p. 712); *Leriensis* (Theiner, p. 353; Ehses, p. 713); *Aurelianensis* (Theiner, p. 353; Ehses, p. 714); *Vulturariensis*, *Montis Marani* (Theiner, p. 354; Ehses, p. 714); *Lucerinus* (Theiner, p. 354; Ehses, p. 715); *Cavertanus* (Theiner, p. 355; Ehses, p. 716); *Montisfalisci* (Theiner, p. 355; Ehses, p. 717); *Auriensis* (Theiner, p. 356; Ehses, p. 718); *Sibinicensis* (Theiner, p. 357; Ehses, p. 720); *Nicensis*, *Aquensis*, *Ostunensis* (Theiner, p. 359; Ehses, p. 723); *Clusinus*, *Urgentinus* (Theiner, p. 360; Ehses, p. 725); *Brixianensis*, *Comensis* (Theiner, p. 361; Ehses, p. 726); *Tutelensis*, *Calaguritanus* (Theiner, p. 361; Ehses, p. 727); *Iprensis* (Theiner, p. 363; Ehses, p. 729); *Barchinonensis* (Theiner, p. 364; Ehses, p. 731); *Pennensis* (Theiner, p. 365; Ehses, p. 733); *Senecencis* (Theiner, p. 365; Ehses, p. 734); *Torcellanus* (Theiner, p. 367; Ehses, p. 737); *Monopolitanus* (Theiner, p. 367; Ehses, p. 738).]

2. *Granatensis* (Theiner, II, p. 340; Ehses, IX, p. 689) : « Non placet igitur quod sancti doctores damnentur. » — *Aliphanus* (Theiner, p. 365; Ehses, p. 734) : « Origenes, Basilus, Hilarius, Lactantius et plures alii contrarium tenent, et idem Græci a temporibus apostolorum usque ad hæc tempora senserunt, et ideo canon fiat absque anathemate. » — *Generalis Augustini* (Theiner, p. 368; Ehses, p. 740) : « Quapropter hic canon non fiat cum anathemate, et præsertim quia doctores, qui sunt columnæ Ecclesiæ, fuerunt contrariæ opinionis, et tanto magis quod omnes textus

Il est vrai qu'en cas contraire beaucoup soutenaient énergiquement la première rédaction, la condamnation directe du divorce pour adultère, accompagnée de l'anathème : ils apportaient des raisons précises, montrant qu'ils voulaient bien que l'on en fit un dogme et condamnant ouvertement les Grecs ¹. Mais, malgré tout, il était visible que la grande majorité du concile inclinait vers la proposition des Vénitiens. Si elle eût été acceptée purement et simplement, le sens de cette décision n'eût pas été douteux : le concile eût confirmé la doctrine qui avait triomphé dans le droit canonique occidental, sans vouloir en faire un dogme. Mais il n'en fut pas ainsi : il fut introduit un nouvel élément qui devait rendre incertaine la portée de la décision à intervenir. C'est le cardinal de Lorraine qui introduisit le premier cet élément de trouble. Tout en se rangeant à la rédaction présentée par les Vénitiens, il déclara que l'on pourrait ajouter que la doctrine professée par l'Église romaine était conforme aux Écritures ². Cette idée, dont on présenta quelques variantes ³, eut un grand succès, et pourtant elle allait rendre le texte obscur. Si, en effet, l'indissolubilité absolue était commandée par les

qui loquuntur non posse alteri nubere propter fornicationem, semper loquuntur de mulieribus. »

1. *Almeriensis* (Theiner, II, p. 358; Ehses, p. 721) : « VII canon maneat ut jacet, ne innuatur hoc esse juris ecclesiastici, non autem divini. » — *Ilerdensis* (Theiner, p. 358; Ehses, p. 722) : « Moneat s. synodus dominos Venetos et alios ut non permittant Græcos loqui contra sedem apostolicam. » — *Soranus* (Theiner, p. 363; Ehses, p. 735) : « VII maneat ut jacet ne Græcorum errores approbare videamur. » — *Asturicensis* Theiner, p. 355; Ehses, p. 716); *Gerundensis* (Theiner, p. 356; Ehses, p. 718); *Legionensis* (Theiner, p. 358; Ehses, p. 721); *Vestanus* (Theiner, p. 360; Ehses, p. 724); *Parmensis* (Theiner, p. 363; Ehses, p. 730); *Niogensis* (Theiner, p. 364; Ehses, p. 731); *Columbriensis* (Theiner, p. 364; Ehses, p. 732); *Faventinus* (Theiner, p. 366; Ehses, p. 735); *Sagonensis*, *Amerinus* (Theiner, p. 366; Ehses, p. 736); *Generalis Minorum* (Theiner, p. 367; Ehses, p. 738).

2. Theiner, II, p. 338; Ehses, IX, p. 687 : « Posset addi, juxta scripturas. »

3. *Nemausensis* (Theiner, II, p. 360; Ehses, IX, p. 725) : « In VII addatur Patrum antiquiorum traditione. »

textes de l'Écriture, comment pouvait-on admettre que les Grecs, en la repoussant, n'étaient pas condamnables? C'est ce que virent bien un certain nombre d'orateurs ¹; mais, en sens inverse, on peut remarquer que, d'après le général des Mineurs conventuels, le canon, même dans sa forme première, n'aurait pas entraîné la condamnation des Grecs ².

A la troisième lecture, le canon reparut modifié dans le sens des propositions combinées des orateurs vénitiens et du cardinal de Lorraine ³. Il ne souleva que fort peu de critiques; quelques-uns des Pères, qui avaient combattu la première rédaction, déclarèrent qu'ils acceptaient celle-ci, si les orateurs vénitiens s'en contentaient ⁴, et ceux-ci ne réclamèrent pas. Quelques autres, cependant, persistèrent dans leur opposition; l'un d'eux demanda même une dispute solennelle sur la question ⁵. Un évêque proposa de dire simplement

1. *Aquileiensis* (Theiner, II, p. 339; Ehses, IX, p. 688) : « Placent omnes annotationes factæ in canonibus a Lotharingo, præter id quod dixit in VI canone, quod addatur secundum scripturas. » — *Bracharensis* (Theiner, p. 343; Ehses, p. 697) : « Quoad canones sequitur Lotharingum, excepto illo verbo VII canonis, secundum scripturas. » — *Chironensis* (Theiner, p. 351; Ehses, p. 710) : « VII reformetur, prout dixit Lotharingus, excepto quod dixit secundum scripturas. »

2. *Generalis Minor. conv.* (Theiner, II, p. 367; Ehses, IX, p. 738) : « VI dixit quod potest sic stare, et eo non condemnantur Græci. »

3. Theiner, II, p. 387; Ehses, IX, p. 760 : « VII. Si quis dixerit Ecclesiam, quod juxta evangelicam et apostolicam doctrinam propter adulterium alterius conjugum matrimonium non posse dissolvi docuit, et utrumque, vel etiam innocentem, qui causam adulterio non dedit, non posse, altero conjugum vivente, aliud matrimonium contrahere; mœcharique eum qui, dimisso adultera, aliam duxerit, et eam, quæ, dimisso adultero, alii nupserit : anathema sit. »

4. *Hierosolymitanus* (Theiner, II, p. 391; Ehses, IX, p. 780) : « Canones placent, excepto VII, nisi is placuerit oratoribus Venetis. » — *Ilydruntinus* (Theiner, p. 392; Ehses, p. 780) : « VII placet, si placet oratoribus. » — *Clodiensis* (Theiner, p. 394; Ehses, p. 784) : « In VII placet canon propositus a Venetis, et nunc etiam placet cum annotationibus Lotharingi. »

5. *Granatensis* (Theiner, p. 392; Ehses, p. 780) : « VII canon non placet non tantum propter Græcos, sed quia damnantur etiam plures Patres. » —

que la doctrine de l'Église romaine était conforme à la tradition, ce qui pouvait laisser subsister des coutumes particulières ¹. En sens inverse, l'évêque de Léon réclama une rédaction plus sévère ².

A la quatrième lecture, le même texte reparut, avec deux légères modifications qu'avait demandées le cardinal de Lorraine ³. Il souleva peu d'objections. L'archevêque de Grenade s'y opposa encore ⁴; l'archevêque de Palerme demanda qu'on rendît le texte plus net ⁵; le cardinal Madruce, suivi par un certain nombre de Pères, fit une observation dont le sens n'est pas très clair ⁶. Ce fut tout, et le canon fut définitivement adopté tel quel dans la XXIV^e session, où l'archevêque de Nicosie protesta solennellement en faveur de l'orthodoxie des Grecs unis au Saint-Siège ⁷.

Altyphanus (Theiner, p. 396; Ehses, p. 793) : « VII canon non placet; sed placet propositus ab oratoribus Venetis; vel dicatur : Si quis dixerit esse contra evangelicam et apostolicam doctrinam, etc. Petit a legatis et a synodo ut committatur aliquibus Patribus, ut hoc disputetur, et ipse est paratus respondere. »

1. *Ostunensis* (Theiner, p. 395; Ehses, p. 790) : « In VII desideraret dici hoc haberi ex traditione. Nam multæ sunt traditiones, quæ non sunt generales, prout fuit traditio de Paschate, quæ in Ecclesia romana habuit originem a sancto Petro, et tamen non erat traditio omnibus communis. »

2. *Legionensis* (Theiner, p. 395; Ehses, p. 789) : « VII ponatur qui erat in principio, vel : Si quis dixerit Ecclesiam errasse cum evangelicam doctrinam docuit et docet. »

3. *Lotharingus* (Theiner, p. 394; Ehses, p. 779) : « In VII dicatur matrimonii vinculum et docuit et docet. » Voyez les *canones quanto reformati* (Theiner, p. 424, n° 7; Ehses, p. 889), et le texte dans Schulte et Richter, p. 215, c. 7.

4. *Granatensis* (Theiner, p. 428; Ehses, p. 899) : « Non placet canon de adulterio, quia eo damnatur sententia multorum sanctorum. »

5. *Panormitanus* (Theiner, p. 428; Ehses, p. 900) : « VI et VII lucidiores fiant. »

6. *Card. Madrutius* (Theiner, p. 427; Ehses, p. 898) : « VII canon non placet, sed dicatur Ecclesiam juxta evangelicam et apostolicam doctrinam docuisse. »

7. Theiner, II, p. 464; Ehses, IX, p. 973 : « Nicosiensi decretum de clandestinis non placet, reliqua placent : peto tamen, ne de recta et

Après ce que je viens d'exposer, on ne trouvera pas étonnant que ce soit resté un point controversé entre les théologiens que de savoir si le canon 7 *De sacramento matrimonii* contient la déclaration d'un dogme ou seulement la confirmation d'un point de discipline et de doctrine canonique. La seconde opinion fut enseignée par plusieurs de nos anciens gallicans, Le Courrayer, Launoy, Van Espen, et par un certain nombre d'auteurs protestants¹. Elle a pour elle l'histoire générale de la rédaction du canon 7, dans laquelle on voit que l'intervention des Vénitiens fut décisive. L'autre thèse est celle des théologiens orthodoxes²; elle a pour elle le renvoi aux Écritures que fit insérer dans le texte le cardinal de Lorraine. Au fond, le concile, en ce point, avait voulu deux choses contradictoires entre elles. Il avait voulu affirmer que la doctrine de l'Église romaine était seule conforme aux données des Écritures, et cependant il avait voulu en même temps ne pas condamner *in terminis* la doctrine de l'Église orientale³.

II

Le projet présenté aux Pères du concile ne condamnait expressément que le divorce pour cause d'adultère; j'ai dit

orthodoxa Græcorum, qui in regno Cyprî sunt, fide aliqua suspicio in hac sancto synodo, occasione eorum quæ circa VII canonem adducta fuerunt, oriri possit. » — On peut voir que les constatations que je viens de relever dans les *Acta genuina* sont conformes en substance au récit de Fra Paolo Sarpi (l. VIII, c. xxxix), bien qu'on l'ait accusé sur ce point d'avoir travesti les faits; cf. Pallavicini, lib. XXII, c. iv; Perrone, *op. cit.*, t. III, p. 407 et s. Deux traits seulement mentionnés par Fra Paolo ne se retrouvent pas dans les *Acta*. C'est, d'un côté, le débat très vif qu'il signale, à propos de ce fait que les Grecs n'auraient pas été cités au concile; c'est, d'autre part, l'opinion qu'il relève chez un grand nombre de membres, d'après laquelle le concile aurait été réuni pour condamner les erreurs des protestants et non pour rechercher celles des autres nations.

1. Perrone, *op. cit.*, III, p. 4 et s.

2. Perrone, *op. cit.*, III, p. 4 et s.

3. Ce sentiment paraît bien exprimé par le *Generalis Prædicatorum* (Theiner, II, p. 367; Ehses, IX, p. 738) : « Vel habeatur ratio oratorum, salva veritate. »

plus haut pourquoi cela avait paru suffisant. Mais, dès la première discussion, le cardinal de Lorraine exprima l'opinion qu'il fallait aussi condamner les autres causes de divorce admises par les écoles protestantes; en particulier trois propositions de Calvin, d'après lesquelles le mariage pouvait se dissoudre pour différence de culte, longue absence et *inconvenientia in conversatione* ¹. Il proposait, dans ce sens, un canon additionnel. Cette proposition fut appuyée par un grand nombre de membres ². Aussi, à la seconde lecture, fut-il ajouté un canon qui donnait satisfaction à cette demande ³; il resta tel quel dans les deux rédactions suivantes ⁴ et fut adopté sans changement par le concile ⁵. On peut remarquer que le divorce pour crime grave de l'un des époux n'a pas été visé expressément par le concile de Trente; un orateur proposa cependant de le condamner également par une règle

1. Theiner, II, p. 314; Ehses, IX, p. 642 : « Cuperetque novum addi canonem, in quo damnetur tres propositiones Calvinii, videlicet : Quod dirimatur matrimonium propter disparitatem cultus, propter non convenientiam in conversatione, et propter longam absentiam. »

2. *Senonensis* (Theiner, II, p. 318; Ehses, IX, p. 652); *Clodiensis* (Theiner, p. 320; Ehses, p. 655); *Chironensis* (Theiner, p. 321; Ehses, p. 658); *Calmonensis*, *Fesulanus* (Theiner, p. 322; Ehses, p. 659); *Vulturianensis*, *Montismarani* (Theiner, p. 323; Ehses, p. 660); *Metensis*, *Gerundensis* (Theiner, p. 324; Ehses, p. 662-663); *Legionensis*, *Hierosolymitanus* (Theiner, p. 326; Ehses, p. 665-666); *Comensis* (Theiner, p. 327; Ehses, p. 668); *Venciensis* (Theiner, p. 329; Ehses, p. 670); *Columbriensis* (Theiner, p. 330; Ehses, p. 673). Massarellus donne le relevé suivant (Theiner, II, p. 371; Ehses, IX, p. 747) : « Patres qui recipiunt canonem VII Lotharingi sunt 40. »

3. *Canones de sacr. matr. reformati* (Theiner, II, p. 335; Ehses, IX, p. 682) : « V. Si quis dixerit propter hæresim, aut molestam cohabitationem, aut affectatam absentiam a conjuge dissolvi posse matrimonii vinculum : anathema sit. »

4. Theiner, *Acta*, II, p. 386 et 424; Ehses, IX, p. 760, n° 5. [Dans l'édition Ehses, IX, p. 889, on ne trouve pas reproduits dans la liste des *Canones de sacramento matrimonii quarto reformati* les canons 5 et 6, sans doute parce qu'ils ne demandaient plus aucune discussion.]

5. Schulte et Richter, p. 215, n° 5.

générale; mais, en réalité, il voulait simplement éviter les difficultés spéciales que soulevait la condamnation du divorce pour cause d'adultère, en faisant rentrer ce dernier dans une catégorie compréhensive ¹. D'ailleurs, les écoles protestantes ne songèrent pas tout d'abord à cette cause de divorce. En effet, à cette époque, la plupart des crimes graves, à raison desquels le divorce sera admis dans la suite, entraînaient la peine de mort et, par conséquent, la dissolution naturelle du lien conjugal ².

En établissant ainsi la doctrine rigoureuse de l'indissolubilité, le concile n'entendait pas exclure les causes spéciales de divorce que le droit canonique admettait par suite d'une tradition constante. L'une d'elles, cependant, était nécessairement contestée par les novateurs : c'était celle qui permettait à chaque époux, tant que le mariage n'avait pas été consommé, de rompre librement le lien conjugal en entrant en religion. Dès le premier projet, un canon était proposé pour condamner ceux qui contestaient cette doctrine ³. Il ne souleva aucune objection ; mais, tel qu'il avait été présenté, il réunissait, dans une rédaction complexe, une autre proposition se référant aux causes de *divortium quoad torum*. On pensa qu'il valait mieux séparer les deux règles, et l'on fit pour la première un canon distinct ⁴, qui reparut dans les rédactions successives, et fut adopté sans modification ⁵. Par là, il était acquis que le mariage non consommé conservait le caractère relativement soluble qu'il avait dans le droit antérieur.

1. Theiner, *Acta*, II, p. 367; Ehses, IX, p. 378 : « *Generalis Prædicatorum* approbat canones cum annotationibus Lotharingi... De VII nihil dicatur; sed in canone Lotharingi addatur: Sive propter quodcunque aliud crimen. »

2. Richter-Dove-Kahl, *Lehrbuch*, p. 1178; Friedberg, *Lehrbuch*, p. 515-516.

3. Theiner, II, p. 313; Ehses, IX, p. 640, n° 8.

4. Theiner, II, p. 335; Ehses, IX, p. 682 : « VI. Si quis dixerit matrimonium ratum non consummatum, per solemnem religionis professionem alterius conjugum non dirimi, anathema sit. » — Cf. Theiner, II, p. 386 et 424; Ehses, IX, p. 760, n° 6.

5. Schulte et Richter, p. 215, n° 6.

Le droit canonique connaissait aussi une autre cause de divorce, qui atteignait le mariage, même consommé : c'était le *casus apostoli*¹. Mais on ne se préoccupa point de confirmer sur ce point la théorie. Elle était bien établie, et ce cas de divorce se dissimulait en quelque sorte, en ce qu'il était traditionnellement exposé à l'occasion d'un empêchement dirimant, le *dispar cultus*.

Ces décisions du concile de Trente sur l'indissolubilité du mariage n'ont plus été remises en question par les législateurs de l'Église. L'indissolubilité a été simplement affirmée de nouveau par le *Syllabus* de Pie-IX² et par l'encyclique *Arcanum divinæ* de Léon XIII³.

III

La théorie du droit canonique sur le *divortium quoad torum* n'était pas moins attaquée par la Réforme que celle sur le divorce proprement dit. Elle était contestée à deux points de vue distincts.

D'autre part, c'était l'institution même du *divortium quoad torum* qui était prise à partie. On soutenait que c'était une invention relativement moderne, que l'histoire ancienne de l'Église ne justifiait pas⁴. On déclarait qu'une semblable

1. Ci-dessus, t. I, p. 248 et s.

2. *Errores de matr. christ.*, n° 67.

3. « Non est profecto in hominum commentis vel decretis facultas tanta ut immutare rerum naturalem indolem conformationemque possint... Igitur confitendum est de communi omnium populorum bono meruisse optime Ecclesiam catholicam sanctitati et perpetuitati conjugiorum tuendæ semper intentam; nec exiguam ipsi gratiam deberi quod legibus civicis centum jam annos in hoc genere multa peccantibus palam reclamaverit; quod hæc erim deterrimam protestantium de divortiis et repudiis anathemate percussisset; quod usitatam Græcis diremptionem matrimoniorum multis modis damnaverit..., quod demum vel a prima ætate leges imperatorias repudiavit quæ divorciis perniciose favissent. »

4. Perrone, *op. cit.*, III, p. 431 : « Incognitam ecclesiasticæ antiquitati separationem a toro convictuque, manente conjugali vinculo, haud pauci

séparation, pouvant constituer l'état perpétuel et définitif de deux mariés, était inadmissible; c'était, selon Luther, un mariage qui n'existait plus qu'en peinture et en rêve ¹.

D'autre part, on reprochait à l'Église d'admettre des causes multiples de *divortium quoad torum*, alors que l'Écriture, le passage célèbre de saint Mathieu, n'en reconnaissait ouvertement qu'une seule, c'est-à-dire la *fornicatio* ².

Le concile de Trente, en face de ces critiques, devait affirmer la doctrine canonique établie par le développement de la jurisprudence et par la coutume. Le premier projet consacrait à cet objet une partie de son canon 8, et condamnait ceux qui prétendaient que l'Église errait en prononçant le divorce *quoad torum et cohabitationem*, perpétuellement ou à temps, pour d'autres causes que l'adultère ³. Mais cette rédaction souleva quelques objections. L'évêque de Barcelone, en particulier, critiqua l'emploi du mot *divortium* et proposa d'y substituer celui de *separatio* ⁴. Il est certain que le terme *divortium* était amphibologique en droit canon, puisqu'il y désignait deux choses très différentes; mais on l'avait conservé traditionnellement en le précisant par l'adjonction des déter-

dixerunt, ut sic inferrent toties veteres locutos esse de solutione quoad vinculum, quoties de conjugii diremptione disseruerunt. » — Et en note (17) : « Ita omnes antiquiores hæretici sæc. XVI, Lutherus in lib. *De capt. Babyl.*, cap. *De matrim.*, Philip. Melancthon in *Loc. theolog.*, tit. *De conjugio*, Chemnitius in II part. *Examin. conc. Trid.*, aliique passim. »

1. Richter-Dove-Kahl, *Lehrbuch*, p. 1178, note 14.

2. Voyez les passages de Chemnitz, cités dans Perrone, *op. cit.*, III, p. 436 et 440. Ce reproche paraît avoir touché les théologiens catholiques, car ils déclarent encore que le *divortium* pour une cause autre que la *fornicatio* (*corporalis* ou *spiritualis*) a une nature particulière. Perrone, *op. cit.*, III, p. 430 : « Sed hæc separatio fit tantum jure ac via *defensionis*, non autem jure *matrimoniali* ob violatam conjugii fidem. »

3. Theiner, II, p. 313; Ehses, IX, p. 640 : « VIII. Si quis dixerit... vel Ecclesiam errare, dum ob alias causas, præter adulterium, facit *divortium quoad torum seu cohabitationem*, ad tempus vel perpetuo : anathema sit. »

4. *Barchinonensis* (Theiner, II, p. 329; Ehses, IX, p. 670) : « In VIII, ubi dicitur *divortium*, dicatur *separatio a thoro*. »

minatifs *quoad vinculum* et *quoad torum*. Le prélat parlait dans le sens de la terminologie qui a triomphé et qui distingue le divorce et la séparation de corps. Une autre objection, déjà signalée, venait de ce que le canon 8 traitait à la fois de la dissolution du *matrimonium non consummatum* et du *divortium quoad torum*¹. Dans le projet proposé en seconde lecture, on avait fait droit à ces observations. La disposition formait dorénavant un canon distinct, et le terme *separatio* avait remplacé le mot *divortium*². Mais une nouvelle difficulté fut soulevée par le cardinal de Lorraine. Il demanda qu'on supprimât les mots *vel perpetuo*³. L'orateur n'explique pas exactement quelle est sa pensée; mais, sans aucun doute, il voulait qu'on évitât de présenter comme naturellement perpétuelle la séparation prononcée par l'Église. Il était vrai, en effet, que le *divortium quoad torum* du droit canonique n'était jamais perpétuel de sa nature, alors même qu'il n'était pas prononcé pour un laps de temps déterminé⁴. Cette critique, qui trouva des approbateurs⁵ et des adversaires⁶, amena une rédaction nouvelle où l'on remplaça le mot *perpetuo* par

1. *Auriensis* (Theiner, *Acta*, II, p. 324; Ehses, IX, p. 663) : « Et simpliciter hic canon non placet, quia immisceet divortium propter fornicationem cum aliis divortiis. »

2. *Canonis reformati* (Theiner, II, p. 335; Ehses, IX, p. 682) : « VIII. Si quis dixerit Ecclesiam errare, cum ob alias causas præter adulterium facit separationem inter conjuges quoad torum seu cohabitationem ad tempus, vel perpetuo : anathema sit. »

3. *Card. Lotharingus* (Theiner, II, p. 338; Ehses, IX, p. 687) : « Et VIII hoc modo : Si quis dixerint Ecclesiam catholicam errare, cum facit separationem inter conjuges quoad torum seu cohabitationem ad tempus : anathema sit. »

4. Voyez ci-dessus, t. II, p. 114 et s.

5. *Calaguritanus* (Theiner, II, p. 361; Ehses, IX, p. 727) : « In VIII, tollatur verbum perpetuo, et dicatur vel donec reconcilietur, si velit. »

6. *Almeriensis* (Theiner, II, p. 358; Ehses, IX, p. 722) : « In VIII maneat verbum perpetuo quia propter hæresim subsequentem potest fieri separatio perpetua. » — *Nemausensis* (Theiner, II, p. 360; Ehses, IX, p. 725) : « In VIII non placet tolli verbum perpetuo. »

l'expression *ad incertum tempus*¹. On avait, en même temps, cherché à viser la doctrine plutôt que la pratique de l'Église quant aux séparations². Enfin, en dernier lieu, on proposa une rédaction plus générale que les précédentes, dans laquelle on ne précisait aucune des causes du *divortium*, pas même l'adultère, déclarant seulement que celles-ci étaient multiples³. C'est celle qui fut adoptée⁴.

1. *Canones tertio reformati* (Theiner, II, p. 387; Ehses, IX, p. 760) : « VIII. Si quis dixerit Ecclesiam errare, cum ob alias causas, præter adulterium, separationem inter conjuges quoad thorum seu cohabitationem *ad certum incertumve tempus fieri posse decernit* : anathema sit. »

2. *Generalis Soc. Jesu* (Theiner, II, p. 368; Ehses, IX, p. 740) : « In VIII dicatur, cum decernit separationes, etc., quia Ecclesia potest errare in facto, sed non in decernendo. »

3. Theiner, II, p. 425 : « VIII. Si quis dixerit Ecclesiam errare, cum ob multas causas separationem inter conjuges quoad thorum seu quoad cohabitationem *ad certum incertumve tempus fieri posse decernit* : anathema sit. »

4. Schulte et Richter, p. 216. [Le *divortium quoad torum* à l'époque moderne est caractérisé par la dépossession des justices d'Église au profit des tribunaux séculiers, et par un élargissement des causes de séparation de corps. Cette dépossession est l'œuvre des empiétements des justices séculières, et particulièrement en France des parlements. Ce sont les tribunaux séculiers qui prononcent la *separatio quoad bona* pour incompatibilité d'humeur; dès la fin du *xv^e* siècle, *separatio quoad bona* signifie séparation de logis : les cours séculières ont donc commencé à accaparer la dispense de cohabiter (ce n'est qu'au *xviii^e* siècle que la jurisprudence maintiendra à la charge de la femme séparée de biens la communauté de vie conjugale). En utilisant principalement la voie de l'appel comme d'abus, le parlement de Paris, à partir de 1558, travaille à exproprier complètement les justices d'Église. Alors que Févret reconnaît encore que la séparation est de la compétence du juge d'Église, l'arrêt du 22 mai 1663 proclame le droit exclusif des justices royales de prononcer la séparation de corps. Cette éviction est d'ailleurs acceptée par l'Église gallicane : en 1690, 1691 et 1693, Le Camus, Bossuet et Huet mettent sur le même plan la séparation prononcée par l'autorité de l'Église et celle qui émane de l'autorité de justice. Les mêmes reculs se constatent dans les pays germaniques et en certaines régions de l'Italie. L'élargissement des causes de séparation de corps résulte de la fusion des causes restreintes qu'admettait le droit classique et des causes plus étendues (excès, sévices, indignité) qui motivaient la *separatio quoad*

IV

Le concile de Trente, ayant repris à fond la théorie du mariage pour l'éprouver ou la retoucher sur un certain nombre de points importants, fut naturellement amené à envisager le concubinat. Celui-ci était d'autant plus à redouter que la condamnation des mariages clandestins allait probablement multiplier, pour remplacer ceux-ci, les concubinages ¹. Aussi, dans le projet de *canones super abusibus circa sacramentum matrimonii*, figurait toute une série de mesures répressives dirigées contre le concubinage des laïcs. Tous ceux, de quelque rang et dignité qu'ils fussent, mariés ou non mariés, qui entretenaient des concubines,

bona salvo jure tori que pronongaient les officialités du xv^e siècle. Dans les Pays-Bas, l'Espagne et les États des électeurs ecclésiastiques du Saint-Empire, les conciles provinciaux et les statuts synodaux maintiennent vigoureusement la nécessité de l'intervention du juge d'Eglise. Dans le même sens se prononce Sixte-Quint (bulle *Ad compescendam* du 30 oct. 1586). Mais la nécessité même d'une intervention de justice est exclue et la séparation par pure autorité privée, et même par commun consentement, en dehors de toute cause canonique, est admise par certains canonistes et théologiens. Le consentement mutuel, qui n'avait été en droit classique qu'une des conditions de la *conversio conjugatorum*, devient pour eux une cause autonome de séparation de corps. Ces pactes de séparation amiable, qui sortent nombreux des études des tabellions, sont souvent tolérés par les autorités ecclésiastiques, et cette pratique tend à pénétrer dans le droit canonique moderne. Pourtant, dans les pays où la compétence des officialités est maintenue, en Flandre et en Franche-Comté, l'intervention du juge subsiste. Mais le rôle des conjoints devient considérable dans la procédure et l'official se borne parfois à homologuer un pacte de séparation amiable. — Richardot, *Les pactes de séparation amiable entre époux*, Paris, 1930; Le Picard, *La communauté de la vie conjugale, obligation des époux*, Paris, 1930; et compte rendu Le Bras, *Revue historique de droit*, 1931, p. 743 et s. — J. D.

1. *Generalis Soc. Jesu* (Theiner, II, p. 369; Ehses, IX, p. 744) : « Si enim hoc edetur decretum (de clandestinis), frequenter violabitur præceptum Dei, quia plures incident in fornicationem. Nam quando aliquis est liber, non tenetur ad remedia castitatis. »

devaient être par trois fois et d'office avertis par l'évêque, et, s'ils persistaient, ils étaient de plein droit frappés d'excommunication, jusqu'à ce qu'ils fussent rentrés dans l'ordre et eussent obtenu l'absolution de l'évêque. S'ils restaient sous le coup de cette excommunication pendant une année, il pouvait être procédé contre eux comme il était procédé contre les hérétiques, et ils étaient soumis aux peines édictées contre les adultères et les personnes suspectes d'hérésie. Quant aux femmes vivant publiquement en état de concubinage, après une triple monition de la part de l'évêque, si elles n'avaient pas obéi, l'ordinaire devait, même d'office, les frapper de peines sévères, et même de l'exil s'il le trouvait bon ¹.

Cette proposition, quant aux principes du droit canonique, n'avait rien d'exorbitant. Les diverses mesures qu'elle contenait avaient été édictées dans le passé contre les clercs concubinaires et leurs concubines, et même parfois la doctrine en avait présenté quelque-unes comme légitimes à l'encontre des laïcs ². Mais, en l'année 1563, cette sévérité était bien

1. Theiner, II, p. 337; Elhes, IX, p. 685 (*Canones super abusibus circa sacramentum matrimonii*, c. 9) : « Quare ut huic tanto malo s. synodus opportunis remediis occurrat, statuit hujusmodi concubinarios, tam solutos quam uxoratos, cujuscunque status, dignitatis et conditionis existant, si, postquam ab ordinario, etiam ex officio ter admoniti ea de re fuerint, illas non ejecerint, ipso jure excommunicationem incurrere : cui perpetuo subjaceant, quoad re ipsa admonitioni factæ paruerint, et absolutionem ab eodem ordinario impetraverint. Quod si in concubinato per annum, censuris neglectis, permanserint, contra eos tanquam de fide male sentientes jure agi possit; iisdem que pœnis, quibus adulteri et de hæresi suspecti subjaceant, puniantur. Mulieres vero, sive conjugatæ, sive solutæ, quæ cum adulteris, seu concubinariis publice vivunt, si ter admonitæ non paruerint, ab ordinariis locorum, nullo etiam requirente, ex officio graviter puniantur, et in exilium, si iisdem ordinariis videbitur, mittantur. »

2. Voici ce que dit, à la fin du xv^e siècle, Benedicti, *Repêtitio in c. Raynutius*, v^{is} *Et uxorem nomine Adel.*, n^o 146 : « Sed cum... omnis fornicatio sit per concilium generale damnata in Clement. Ad nostrum, *De hæreticis*, adeo quod in ea vel alio perseverans peccato mortali ultra annum, etiam si papa esset, præsumeretur de fide male sentire, ut concilio generali deferri

outrée et les moyens par lesquels on voulait qu'elle se manifestât n'étaient guère de mise, dans des contrées où le pouvoir séculier avait repris, avec la toute-puissance, le sentiment jaloux de ses droits. Aussi, presque tous les termes du projet furent-ils critiqués. Dès le début de la discussion, le cardinal de Lorraine vint déclarer qu'en France les droits du pouvoir temporel s'opposeraient à l'exécution de ces mesures ¹, et d'autres proposèrent d'invoquer directement l'appui du bras séculier ². La peine de l'exil, édictée contre les concubines, souleva particulièrement des réclamations ³; quelques-uns seulement l'approuvaient en rappelant que c'était une des *pœnæ vindicativæ* du droit canonique ⁴. Le général des Augustins et celui des Mineurs déclaraient qu'il n'était pas convenable de livrer les concubinaires récalcitrants à l'*inquisitio hæreticæ pravitatis* ⁵. Il n'était pas jusqu'à l'excommu-

posset, secundum glossam singularem ab omnibus approbatam, c. *Si papa*, D. XL. »

1. Theiner, II, p. 344; Ehses, IX, p. 695 : « Quoad id quod dicitur de concubinariis ab episcopo puniendis, nescit an hoc possit facere synodus, cum id in Gallia pertineat ad principes sæculares. »

2. *Aurelianensis* (Theiner, II, p. 353; Ehses, IX, p. 714) : « Quoad canonem de concubinis invocetur brachium sæculare. » — *Brixienensis* (Theiner, p. 361; Ehses, p. 726) : « De concubinis invocetur brachium sæculare. »

3. *Senonensis* (Theiner, II, p. 345; Ehses, IX, p. 699) : « Non placet ut ordinarii locorum possint in exilium mittere; insolitum enim est ut exilio relegentur feminæ. » — *Pientinus* (Theiner, p. 346; Ehses, p. 702) : « In IX tollatur quod dicitur de exilio. » — *Andegavensis* (Theiner, p. 347; Ehses, p. 703). — *Virdunensis* (Theiner, p. 351; Ehses, p. 709). — *Parisiensis* (Theiner, p. 351; Ehses, p. 710) : « Canon de concubinis non placet, nisi de concubinis clericorum, quæ possunt exilio puniri. » — *Aurelianensis* (Theiner, p. 354; Ehses, p. 714) : « Nec conveniens est pœna exilii. » — *Jadrensis* (Theiner, p. 343; Ehses, p. 617) : « De concubinariis apponatur pœna spiritualis tantum. »

4. *Generalis Aug.* (Theiner, II, p. 368; Ehses, IX, p. 740) : « Potest stare quod dicitur de pœna exilii, quia est pœna canonis ecclesiastici. » — *Bracharensis* (Theiner, p. 343; Ehses, p. 697).

5. Theiner, II, p. 368; Ehses, IX, p. 740 : « Non placet quod dicitur, tradantur inquisitioni. » — *Generalis Minor. Observ.* (Theiner, p. 367; Ehses, p. 738) : « Concubinarii non committantur inquisitoribus. »

nication de plein droit qui ne fût critiquée ¹. Enfin, plusieurs faisaient remarquer qu'on devrait faire une différence entre les concubinaires mariés et non mariés ².

Un Père avait proposé de laisser les concubinaires purement et simplement sous l'empire du droit commun ³, et cela eût été le plus sage. Mais un second projet fut présenté, considérablement adouci. Il contenait le même système de monitions que le premier, mais il remplaçait l'excommunication de plein droit par une excommunication *ferendæ sententiæ*; il ne livrait plus les concubinaires endurcis aux inquisiteurs, mais seulement à la juridiction de l'ordinaire; enfin, il ne prononçait plus contre les concubines la peine de l'exil proprement dit, et permettait seulement à l'évêque de les chasser de la ville ou du diocèse, en invoquant, s'il était besoin, le bras séculier ⁴. Cette fois, il y eut peu d'objections; quelques-uns regrettèrent seulement qu'on eût abandonné l'excommunication de plein droit ⁵. Le texte fut reproduit en dernière lecture ⁶ et définitivement adopté ⁷.

1. *Granatensis* (Theiner, II, p. 342; Ehses, IX, p. 696).

2. *Civitatis Castel.* (Theiner, II, p. 347; Ehses, IX, p. 702). — *Nemausensis* (Theiner, p. 361; Ehses, p. 726).

3. *Venetiarum* (Theiner, II, p. 392; Ehses, IX, p. 780) : « Quoad raptos servetur jus commune, et similiter quoad concubinos. »

4. Theiner, II, p. 390; Ehses, IX, p. 765 : « X... Si, postquam ab ordinario etiam ex officio ter admoniti ea de re fuerint, concubinas non egerint, seque ab earum consuetudine non sejunxerint, *excommunicatione feriendos* esse, donec re ipsa admonitioni factæ non paruerint. Quod si in concubinato per annum, censuris neglectis, permanserint, *contra eos ab ordinario severe pro qualitate criminis procedatur*. Mulieres, sive conjugatæ, sive solutæ, quæ cum adulteris seu concubinariis publice vivunt, si ter admonitæ non paruerint, ab ordinariis locorum, nullo etiam requirente ex officio graviter pro modo culpæ puniantur, *et extra oppidum, vel diocesim, si id eisdem ordinariis videbitur, invocato, si opus fuerit, brachio sæculari, ejiciantur.* »

5. *Mutinensis* (Theiner, II, p. 394; Ehses, IX, p. 786). — *Ostunensis* (Theiner, p. 395; Ehses, p. 790). — *Ugentinus* (Theiner, p. 396; Ehses, p. 790).

6. Theiner, II, p. 426, n° 8.

7. Schulte et Richter, p. 220.

Mais cette disposition, en France du moins, ne pouvait avoir aucun effet ; outre que le concile de Trente n'y fut pas reçu, en ce qui concerne la discipline, la position respective, qu'y avaient prise la juridiction séculière et la juridiction ecclésiastique, rendait inapplicable ce décret. Aux ^{xiv}^e et ^{xv}^e siècles, la juridiction ecclésiastique sévissait encore librement et fréquemment contre les concubinaires et fornicateurs : on en trouve de nombreux exemples dans le *Registre de l'officialité de Cerisy* ¹. A la fin du ^{xv}^e siècle, c'était encore une pratique commune ², et, dans la glose de la Pragmatique Sanction, Guymier soutient que le concubinage est un délit ecclésiastique ³. Mais la jurisprudence des parlements réagit contre ces usages. Au ^{xviii}^e siècle, elle était fixée en ce sens que les officialités ne pouvaient jamais connaître du concubinage des laïcs ⁴.

1. Nos 218, 277 b, 373 a, 375 b, 392 o, 410 h.

2. Benedicti, *Repetitio in c. Raynutius*, ^{vis} *Uxorem nomine Adel.*, n° 146 : « Cum hodie concubinatus præsertim manifestus, maxime ultra annum continuatus, sit illicitus, ita quod manifesti concubinarij publicantur singulis diebus dominicis per Ecclesiam excommunicati, ut notorie auditis et videtis. »

3. Titre *De concubinariis*, § *Et cum omne*, v° *Pertinet* : « Puta, judices ecclesiastici ; nam concubinatus est crimen ecclesiasticum et de hoc tantum cognoscit Ecclesia. »

4. *Traité des deux puissances ou Maximes sur l'abus*, par l'abbé de Foy, Paris, 1752, p. 315 : « Du principe établi dans la maxime précédente que le juge d'Église ne peut connaître d'un délit qui intéresse la sûreté publique, et qui trouble l'ordre de la justice, il faut conclure... 2° Que l'official ne peut sans abus connaître du concubinage des laïcs, et des autres crimes qui occasionnent le désordre. Il n'appartient qu'aux magistrats d'interposer leur autorité pour faire cesser tout désordre, parce que c'est à eux seuls que le soin de maintenir l'ordre est confié. Le paragraphe *Cum omne*, II, *De concubinariis*, t. X, de la pragmatique, ratifié dans le t. XIII du Concordat, *De publicis concubinariis*, doit s'entendre de l'obligation des pasteurs de travailler à la conversion des concubinaires par de salutaires exhortations, et par l'exemple d'une vie chaste et sainte, et non pas d'un pouvoir qu'il leur donnerait de procéder contre eux dans les formes de la juridiction contentieuse. Il faut étendre cette règle même aux concubines des ecclésiastiques ;

il est certain que la jurisprudence des arrêts de tous les parlemens du royaume défend aux juges d'Eglise de procéder contre elles pour ce crime; on regarderoit comme entreprises manifestes les procédures criminelles et les citations que l'official feroit en ce cas. » — Quant à la jurisprudence séculière, dans l'ancienne France, sur la fornication et le concubinage, voyez : Muyart de Vouglans, *Institutes au droit criminel*, Paris, 1757, p. 488 et s.; Fournel, *Traité de la séduction*, 1781, p. 34 et s.

CHAPITRE VII

Les dispenses des empêchements.

I. La théorie de la *dispensatio* en général; son évolution. — II. Les règles qui admettent la *dispensatio*. — III. Les dispenses de mariage. Qui peut les accorder? — IV. La dispense des divers empêchements. — V. Les effets des dispenses; la *sanatio matrimonii in radice*.

Dans la réglementation canonique du mariage, la partie qui est restée la plus vivante et qui a conservé le plus d'importance pratique est celle qui concerne les dispenses des empêchements. Aussi, les traités modernes sur cette matière sont-ils remplis de détails minutieux, surtout quant aux causes pour lesquelles les dispenses sont accordées et quant à la procédure par laquelle elles sont obtenues ¹. Mais ici, où je présente simplement l'histoire des institutions juridiques, ce point de vue sera presque entièrement laissé de côté. Je voudrais seulement montrer comment s'est développé le système

1. [La théorie canonique de la dispense à l'époque classique a été étudiée par G. Brys, *De dispensatione in jure canonico præsertim apud decretistas et decretalistas usque ad medium sæculum decimum quartum*, Bruges, 1925. La pratique de la dispense, telle qu'elle nous est révélée par les registres des papes, entre 1140 et 1314, est exposée par Dauvillier, *Le mariage dans le Droit classique de l'Église*, Paris, 1933, p. 201-279. En outre, Sägmüller, *Eine Dispens päpstlicher Legaten zur Verehelichung eines siebenjährigen mit einer dreijährigen im Jahre 1160*. Theol. Quart. Sch., 86^e année, 1907, p. 556. — Pour l'époque moderne, Feije, *De impedimentis et dispensationibus matrimonialibus*, 4^e éd., Lovanii, 1893; Caillaud, *Manuel des dispenses*, Bourges, 1873; Planchard, *Des dispenses de mariage*; Durieux, *Les dispenses matrimoniales*, 1913.] J. D.

des dispenses et comment il a pu se concilier avec la législation exposée jusqu'ici. Mais, pour cela, avant de considérer les dispenses de mariage en particulier, il faut dire ce qu'est le droit de *dispensatio* en général, tel que l'a admis le droit canonique.

I

La *dispensatio* ne s'applique pas seulement en matière de mariage; elle reçoit, au contraire, son application dans les matières les plus diverses et rayonne sur l'ensemble du droit canonique, mais elle peut être considérée comme une institution propre à celui-ci, comme un de ses produits originaux ¹. Ce n'est pas qu'on n'en trouve des applications spéciales dans le droit séculier d'un assez grand nombre de nations occidentales. En Angleterre même, au ^{xvii}^e siècle, les Stuarts réclamèrent, dans toute sa généralité, le *dispensing power* comme une prérogative naturelle du pouvoir royal ². Mais on peut affirmer que partout où ce droit s'est fait recevoir plus ou moins largement, avec les caractères qui le distinguent en droit canonique, il tire de celui-ci son origine.

Lorsque la théorie de la *dispensatio* fut complètement développée et pleinement dégagée, elle correspondit à une conception toute particulière de la loi et de sa force obligatoire. On la définit en effet : l'acte par lequel une personne déterminée était soustraite, dans un cas donné, à l'application de la loi, sans que celle-ci perdît sa force et sa vertu géné-

1. [La notion de dispense n'a cependant pas été étrangère au droit romain, sous les noms de *venia*, *beneficium*, *liberatio*, *indulgentia*. C'est une suspension de la loi dans un cas particulier (*legibus solvere*, D., I, IV, 1, 2). On en peut citer des exemples divers même en matière de mariage (Stiegler, *Dispensation, Dispensationswesen und Dispensationsrecht im Kirchenrecht historisch dargestellt*, 1901, p. 43 et s.). Ce n'est pourtant pas au droit romain que le droit canonique l'emprunta, comme le montrerait à elle seule la terminologie.]

2. Anson, *The law and custom of the constitution*, I, p. 265 et s.; Broom, *Constitutional law*, 2^e éd., p. 402 et s.

rales ¹. C'était, par là même, considérer la loi comme une règle comportant des intermittences, et dont certaines autorités pouvaient écarter l'application à l'égard des individus qui y étaient soumis. On distinguait soigneusement la *dispensatio* de deux autres actes, qui pouvaient également faire échec à la loi, mais alors d'une façon générale : l'*abrogatio* et la *declaratio*.

L'*abrogatio*, détruisant la loi par un acte contraire du pouvoir législatif, lui enlevait sa force obligatoire à l'égard de tous : la *dispensatio*, au contraire, laissait à la loi sa force et son autorité générales; elle en suspendait simplement l'application dans un cas particulier. La *declaratio* n'était pas autre chose qu'une interprétation de la loi, par laquelle l'autorité compétente déclarait que celle-ci ne s'appliquait pas, en vertu des principes, à un cas particulier qu'elle semblait comprendre : c'est ainsi que, d'après des textes canoniques, l'homicide accompli en état de légitime défense, le vol commis pour satisfaire à un besoin nécessaire, ne tombent pas sous l'application des canons qui punissent l'homicide et le vol ².

Dans la mesure où elle admet la *dispensatio*, la loi, pour le droit canonique, ne représente pas une règle absolument fixe : c'est le *spiritus mobilis* dont parle quelque part Yves de Chartres ³.

1. Voici un certain nombre de définitions, du XIII^e au XVIII^e siècle. Glose sur *dictum*, c. v, C. I, qu. 7, v^o *Plerisque* : « *Dispensatio est juris communis relaxatio, facta cum causæ cognitione ab eo qui jus habet dispensandi.* » — Durantis, *Speculum*, l. I, part. I, *De disp.*, t. I, p. 55 : « *Est provida juris communis relaxatio, utilitate sive necessitate pensata; vel sic : dispensatio est rigoris juris, per eum ad quem spectat, canonice facta relaxatio.* » — Covarrurias, t. I, p. 174 : « *Dispensat vero circa jus qui, data legis obligatione, ab ea privatim aliquem eximit.* » — Sanchez, *De sacr. matr.*, l. VIII, disp. I, n^o 1, 2 : « *Dispensare est aliquem a lege eximere, casu quo ad illam tenebatur.* »

2. C. m, X, *De furtis*, V, 18.

3. *Ep.* CCXXXVI, col. 242 : « *Cum ergo ea quæ æterna lege sancta non sunt, sed pro honestate et utilitate Ecclesiæ instituta vel prohibita, pro*

Mais cette conception de la *dispensatio* n'appartient pas au fonds ancien du droit canonique. La *dispensatio* se présenta d'abord, et pendant longtemps, avec un tout autre caractère, et constitua une intervention beaucoup plus simple et plus régulière de l'autorité ecclésiastique. Il faut nécessairement connaître ce premier état pour comprendre celui qui lui succéda¹.

Nous savons que la juridiction ecclésiastique, soit à l'égard des fidèles, soit même à l'égard des membres du clergé, ne fut, pendant des siècles, qu'une pure juridiction disciplinaire. Lorsque l'Église leur demandait compte d'un de leurs actes, il s'agissait simplement de savoir si une pénalité disciplinaire leur serait ou non appliquée, si tel fidèle serait exclu de la communauté, si tel laïc serait admis dans les rangs du clergé, si tel clerc serait privé de son rang et de sa qualité. C'était, nous l'avons vu, à ce point de vue, et à ce point de vue seulement, que l'Église statua pendant longtemps sur le mariage des fidèles. Mais, lorsqu'il s'agit d'appliquer des peines disciplinaires, il est dans la nature des choses que les supérieurs, chargés de maintenir la discipline, tiennent largement compte des circonstances et des intentions. Il est naturel qu'au lieu d'appliquer rigoureusement les règles édictées, ils usent souvent d'une indulgence utile et bienveillante, laissant passer, sans les frapper, certains actes défendus cependant en principe et punissables. C'est ainsi que la *dispensatio* se présenta d'abord. Les textes les plus anciens qui en parlent se rapportent aux défaillances des fidèles pendant les persécutions ou à leur adhésion passagère à des hérésies². Il suffit,

eadem occasione ad tempus remittuntur pro qua inventa sunt, non est institutorum damnosa prævaricatio, sed laudabilis et saluberrima dispensatio. Quod cum multi minus studiosi minime attendant, ante tempus judicant, spiritus mobilis et spiritus immobilis non intelligentes differentiam. »

1. Sur le développement des *dispensationes* en général, voyez Thomassin, *Vetus et nova Ecclesiæ disciplina*, deuxième partie, l. III, c. xxvi-xxviii; et sur l'histoire des dispenses en matière de mariage : *Conférences ecclésiastiques de Paris*, t. III, p. 322 et s.

2. Durantis, dans son exposition dogmatique, donne à la *dispensatio* une

pour s'en convaincre, de parcourir les textes qu'a rassemblés Gratien dans la question où il traite de la *dispensatio* ¹.

Dans cette conception ancienne de la *dispensatio*, le droit d'accorder celle-ci appartenait naturellement à tous ceux qui étaient chargés d'appliquer la discipline ecclésiastique, c'est-à-dire, suivant les cas, aux évêques, aux patriarches et aux synodes. Les évêques étaient les organes par excellence de ce pouvoir, par la seule raison qu'ils avaient la plénitude de la juridiction disciplinaire ². Cela s'appliquait, en particulier, quant à la dispense des règles établies en fait de mariage : cela apparaît bien nettement dans le concile d'Orléans de 538 ³

origine sacrée. Elle serait l'imitation des actes de miséricorde que l'Ancien Testament attribue au Seigneur. *Speculum*, l. I, part. I, *De dispensationibus*, p. 55 : « Originem traxit dispensationis remedium ab eo, qui ex sola misericordia et dispensatione universa creavit et ea homini subiecit. Idem ipse dispensavit cum Adam et Eva transgressoribus, et post poenitentiam dimisit illis peccatum. Item ex dispensatione salvavit Noe et filios ejus, cum unus illorum, scilicet Cham reprobus esset, etc. »

1. C. v et s. C. I, qu. 7. Glose sur c. v, *dictum*, v^{is} *Nisi rigor* : « Hoc est quarta pars questionis, in qua probatur, per 17 auctoritates quod dispensationes fiunt sex modis. Joannes de Fa(ventia). » — Voici comment Gratien résumait l'esprit de ces textes, *dictum* sur c. v : « Nisi rigor discipline quandoque relaxetur ex dispensatione misericordiae. Multorum enim crimina sunt damnabilia, quæ tamen Ecclesia tolerat pro tempore, pro persona, intuitu pietatis vel necessitatis sive utilitatis, et pro eventu rei. »

2. M. Freisen explique autrement l'évolution que je vais exposer. Il reconnaît, comme un fait indéniable, que la plénitude du pouvoir de *dispensatio* appartenait jadis aux évêques, mais il le rattache étroitement, même dans son origine, au pouvoir législatif. « Le développement historique, dit-il (*op. cit.*, p. 891), montre le droit de dispenser comme compris dans le pouvoir législatif. Les organes compétents étaient en général les autorités qui pouvaient faire des lois. Anciennement le droit de dispenser était particulariste comme le pouvoir législatif. Les évêques, pris isolément, et les synodes accordaient des dispenses dans les cas voulus, et, pour les cas les plus graves, on en référait au pape. Ce recours au pape n'était aucunement la règle ; c'était, au contraire, l'exception. Une théorie générale de la *dispensatio* était anciennement inconnue. »

3. C. x (*Mon. Germ., Concil.*, I, p. 76) ; il s'agit des mariages prohibés entre parents et alliés : « Illud etiam adjiciendum esse credidimus ut in

et dans le concile de Meaux de 845¹. Au concile de Trente, un théologien de marque a rappelé exactement cet ancien état de choses². Yves de Chartres semble encore admettre qu'en principe la plénitude du droit de dispenser réside dans les évêques; car il désigne comme le possédant les *rectores*, les *principes ecclesiarum*³. Il paraît d'ailleurs, en même temps, envisager encore la *dispensatio* à l'ancien point de vue de la répression disciplinaire⁴.

Mais cette conception de la *dispensatio* ne pouvait pas se maintenir lorsque l'Église eut acquis un droit ferme de juridiction et que le droit canonique, consolidé, fut devenu une véritable législation. Les lois sont, de leur nature, impératives, et s'imposent au juge⁵; celui-ci ne saurait les écarter sous

episcopi discussione consistat de his qui in civitate sua hac territorio consistunt et tali sunt ordine sociati, utrum ignoranter ad illicita conjugia venerint, an per contumaciam quæ sunt interdicta præsumperint; quia sicut his qui per ignorantiam lapsi sunt succurritur, ita illis quibus prius Patrum statuta in notitiam venerunt, quique etiam contra sacerdotum interdicta in tali permixtione versantur, priorum canonum in omnibus statuta servantur. »

1. C. LXV = c. x, C. XXXVI, qu. 2. Il s'agit de la prohibition de se marier édictée contre les *raptores*.

2. Didacus de Payva (Theiner, *Acta*, II, p. 261; Ehses, IX, p. 470) : « Ad id quod dictum est in principio de Cypriano respondit quod ibi Cyprianus, ut primas Africae, dispensavit cum virgine incontinente, quia tunc potestas dispensandi nondum erat reservata papæ, sed eam poterant etiam facere primates. »

3. *Ep. XVI*, col. 29 (il s'agit d'une question matrimoniale) : « In quibus sentiis non alia mihi videtur esse distantia, nisi ea quam inter se habent iudicium et misericordia : quæ quotiens in unum convenirent *in discretione rectorum ita consistunt* ut, habita consideratione salutis animarum, pro qualitate personarum, pro opportunitate locorum et temporum nunc severitas canonum possit exerceri, nunc indulgentia, quibus oportebit, impendi. » *Ep. LV*, col. 67 : « In hunc quoque modum, si velimus præteriti et præsentis temporis exempla colligere, inveniimus *principes ecclesiarum* quodam pro rigore canonum judicasse, multa pro temporum necessitate tolerasse, multa pro personarum utilitate dissimulasse. »

4. Voyez, outre les deux lettres citées à la note précédente, *Ep. LX*, col. 70; *CCXXXIV*, col. 236; *CCXXXVI*, col. 238.

5. Saint Augustin, *De vera religione*, c. xxxi : « In temporalibus legibus

prétexte que leur application à une hypothèse donnée présente des inconvénients. La *dispensatio*, telle qu'elle était traditionnellement pratiquée, était inconciliable avec le caractère nouveau que prenait le droit canonique; mais, en même temps, il semblait impossible de supprimer cet usage que le temps avait consacré, et qui fournissait souvent un heureux correctif de règles trop sévères. On fut invinciblement conduit à maintenir la *dispensatio*, mais comme un acte de l'autorité législative elle-même, qui suspendait momentanément et localement la force de la loi. Cette conception nouvelle est contemporaine de la constitution scientifique du droit canonique au cours du XII^e siècle. Les canonistes ne la dégagent point alors rationnellement, car ils ne s'attachent guère aux idées générales; mais elle sert de fondement à nombre de leurs décisions. Saint Thomas d'Aquin lui donne une expression des plus nettes : il l'expose, d'ailleurs, non pas à propos du droit canonique en particulier, mais à propos des lois humaines en général. Après avoir indiqué les raisons qui semblent imposer l'application fixe et invariable des lois non abrogées¹, il établit la légitimité du pouvoir de *dispensatio*, en faisant observer qu'une loi, très bonne en général, peut, dans un cas donné, conduire à des conséquences fâcheuses, contraires à l'intention du législateur². Mais le droit d'écarter l'application de la loi, par une semblable dispense, appartient à celui-là seul qui peut conférer aux lois leur autorité, c'est-à-dire à

quamvis homines judicent de his, cum eas instituunt, tamen quando sunt instituta et firmata, non licebit de ipsis judicare, sed secundum ipsas. »

1. *Summa, prima secunda*, quæst. 97, art. 4 : « Videtur quod rectores multitudinis non possint in legibus humanis dispensare. Lex enim statuta est pro communi utilitate... sed commune bonum non debet intermitteri pro privato commodo alicujus personæ. Ergo videtur quod non debeat dispensari cum aliquo, ut contra legem communem agat... Concedere alicui quod communiter denegatur omnibus, videtur esse acceptio personarum. »

2. *Ibid.* : « Contingit autem quandoque quod aliquod præceptum, quod est ad commodum multitudinis ut in pluribus, non est conveniens huic personæ vel in hoc casu, vel per hoc impediretur aliquod melius, vel etiam induceretur aliquod malum. »

celui qui possède l'autorité suprême, le pouvoir législatif¹. Saint Thomas voit bien que cette théorie enlève à la loi sa généralité et sa fixité véritables; mais il croit trouver une réponse suffisante en disant que le pouvoir de *dispensatio* ne doit jamais être employé sans juste cause, toujours pour le bien commun, et que la véritable égalité consiste dans l'application à chacun de la mesure exacte qui lui convient². Il ne déplaisait pas à l'esprit théologique de se représenter l'autorité suprême, sous la forme commune du pouvoir monarchique, jouant le rôle d'une sorte de providence, qui établissait des lois générales, mais intervenait au besoin pour les suspendre dans des cas particuliers. Cela lui paraissait surtout convenable lorsque la loi était le droit canonique et que l'autorité suprême, celle qui avait le gouvernement de l'Église, était la papauté. Dès la fin du XII^e siècle, celle-ci proclamait qu'elle pouvait mettre sa volonté au-dessus de la loi par son pouvoir général de *dispensatio*³.

La *dispensatio* était devenue en réalité un acte du pouvoir législatif (qui ne se distinguait pas alors du pouvoir exécutif), tandis que, dans la première conception, c'était simplement un acte du pouvoir judiciaire. Elle conserva cependant en partie la forme d'un acte judiciaire en ce qu'elle

1. *Ibid.* : « Et ideo ille qui habet regere multitudinem, habet potestatem dispensandi in lege humana, quæ suæ auctoritati innititur, ut scilicet in personis, vel in casibus in quibus lex deficit, licentiam tribuat ut præceptum legis non servetur. »

2. *Summa, prima secundæ*, qu. 97, art. 4 : « Si autem absque ratione pro sola voluntate licentiam tribuat, non erit fidelis in dispensatione, aut erit imprudens... Quando cum aliquo dispensatur ut legem communem non servet, non debet fieri in præjudicium boni communis; sed ea intentione ut ad bonum commune proficiat... Non ut acceptio personarum, si non servantur æqualia in personis inæqualibus. Unde quando conditio alicujus personæ requirit rationabiliter ut in ea aliquid specialiter observetur, non est personarum acceptio, si ei aliqua specialis gratia fit. »

3. C. IV, X, *De conc. præb.*, III, 8 (Innocent III, a. 1198) : « Per plenitudinem potestatis possumus de jure supra jus dispensare. »

devait intervenir *cum causæ cognitione*¹, et certaines de ses applications rappelaient de très près la *restitutio in integrum* du droit romain, par exemple les *dispensationes voti, juramenti, matrimonii non consummati*. Cette confusion n'était point faite pour embarrasser les canonistes à une époque où les notions de droit public se modelaient surtout sous l'action des romanistes, et où tout exercice de la puissance publique était volontiers présenté par eux comme un acte de *jurisdictio*.

Étant donnée la conception transformée de la *dispensatio*, la détermination des autorités compétentes pour l'accorder, quant au droit canonique, devait logiquement changer. Du moment que c'était devenu, sous une forme particulière, l'exercice du pouvoir législatif, celui-là seul devait pouvoir l'accorder, qui avait le droit de faire la loi. Or, lorsqu'il s'agissait d'une *constitutio ecclesiastica* générale, obligatoire pour l'Église entière, elle ne pouvait émaner que d'un concile général, ou de la papauté, qui avait pleinement, au ^{xii}^e siècle, conquis le pouvoir législatif sur l'Église. On était conduit à dire que, seules, ces autorités pouvaient dispenser d'une semblable loi, ainsi que d'une coutume générale et d'une règle de droit commun : en réalité, c'était concentrer ce pouvoir de *dispensatio* entre les mains du pape seul. Par là, même les évêques devaient perdre le droit propre de *dispensatio* qu'ils avaient antérieurement possédé. C'est bien ce que reconnaissent les docteurs² : Innocent IV allait même jusqu'à dire que les évêques ne pouvaient pas appliquer la *dispensatio* aux statuts qu'ils avaient faits eux-mêmes pour l'étendue

1. Glose sur c. v, C. I, qu. 7, v^{la} *Ut plerisque* : « *Dispensatio est juris communis relaxatio, facta cum causæ cognitione ab eo qui jus habet dispensandi.* »

2. Panormit., sur c. xxxii, X, *De electione*, n° 48 : « *Ponit glossa hic regulam quod episcopus non potest dispensare contra constitutionem concilii, et quotidie solet hæc glossa allegari. Vide etiam glossam in Clement. 1, eod. titulo, quæ sentit et bene quod regulariter nullus citra papam potest dispensare contra constitutionem concilii.* »

de leur diocèse¹. Ils refusaient également au légat du pape le droit propre de *dispensatio*². Seuls avaient ce pouvoir, à côté du pape, ceux à qui le pape lui-même ou un concile général en déléguaient l'exercice³.

Tel est bien le principe dominant qui se dégagait; mais le pouvoir de *dispensatio* des évêques était fondé sur une tradition trop ancienne pour qu'il pût disparaître rapidement et complètement. La glose du décret le reconnaît encore en principe, à moins qu'il ne soit écarté par une prohibition formelle⁴. Bernard de Parme constate qu'en fait les évêques dispensent à l'égard de divers conciles généraux⁵. Durantis, dans son grand ouvrage, suit, inconsciemment peut-être, l'ordre historique en exposant la matière; il traite d'abord de la *dispensatio* des évêques, puis de celle du pape⁶. Panormitanus admet encore que les évêques exercent, en cas de nécessité, le pouvoir général de *dispensatio*⁷. Mais la thèse logique

1. Sur c. xv, X, *De temp. ordin.*, n° 4 : « Et nota quod episcopi non possunt dispensare contra jura condita a papa, nec aliis superioribus; sed nec contra jura quæ ipsi idem fecerunt, adde nec contra approbatas consuetudines, licet ipsi possint tollere et interpretari. Ex quo enim leges fecit episcopus vel consuetudinem et jus alicui est quæsitum, ex illo jure non potest ei jus quæsitum tollere... Nec etiam antequam quæretur jus ex ea potest episcopus dispensare, quod quis in eam non incidat, cum non facta sit speciali commodo alicujus sed pro communi. »

2. Glose sur c. iii, X, *De consang.*, IV, 14, v° *Indulgentiam*; Glose sur c. vi, *ibid.*, v° *A sede*.

3. Sanchez, *op. cit.*, l. VIII, disp. V et VI.

4. Sur c. v, C. I, qu. 7, v° *Ut plerisque* : « De dispensatione episcoporum dico quod, ubicunque non est prohibita dispensatio, ibi possunt dispensare... in quibusdam tamen casibus invenio eis permissam dispensationem, in quibusdam prohibitam. »

5. Glose sur c. xxxii, X, *De electione*, I, 6, v° *In ætate* : « Credo quod non possunt dispensare in hoc contra concilium, licet de facto hoc faciant quandoque ».

6. *Speculum*, lib. I, part. I, p. 67, *De dispensatione episcoporum*; p. 77, *De dispensatione domini papæ*.

7. Sur c. xxxii, X, *De elect.*, I, 6, n° 10 : « Nam ponit glossa hic regulam quod episcopus non potest dispensare contra constitutionem concilii... Vide

se dégagea nettement, d'après laquelle celui-là seul qui a le droit d'établir les lois générales a aussi le droit de dispenser de leur application ¹. Il subsista néanmoins une réserve importante, qui faisait leur part aux règles du passé. On admit que lorsqu'un concile ou une décrétale déclaraient simplement que la *dispensatio* serait possible dans tel cas, cela devait s'entendre de la *dispensatio* accordée par les évêques : en effet, le *jus dispensandi* étant immanent dans la papauté, il était impossible et superflu de l'autoriser dans un cas particulier; pour être utile, une semblable clause devait être rapportée aux évêques ².

etiam glossam in Clem. 1, *eod. tit.*, quæ sentit et bene quod regulariter nullus citra papam potest dispensare contra constitutionem concilii... Vide tamen omnino do(minus) de Rota, *Decis.* 254, ubi dicunt quod ex magna causa necessitatis vel utilitatis potest episcopus dispensare. Hoc dictum puto procedere, quando oriretur aliqua causa urgens de novo et incognita verisimiliter per concilium tempore edito constitutionis. »

1. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. VIII, disp. VI, n° 44 : « Solius pontificis est hæc dispensatio : quia omnia illa sunt jure communi inducta, in quo, tanquam in lege superioris, nequeunt inferiores ordinarie dispensare. »

2. Glose sur c. vii, X, *De cler. excom.*, V, 26, v° *Dispensatum* : « Non dicit a quo. Ergo videtur relicta potestas dispensandi episcopis. » — Sanchez, *De sacr. matr.*, l. VIII, disp. V, n° 5 : « At verius est posse quoque tunc episcopum in eo concilii decreto dispensare; quod revera canon id clare videatur concedere, dum in eo posse dispensare permittit : alias non opus esset ea verba addere ». Tout en exerçant à l'occasion son pouvoir propre de dispense à deux reprises en matière de mariage, Alexandre III considère que le droit de dispense appartient encore normalement aux Églises locales. C'est seulement Innocent III qui pose la réserve exclusive de ce droit au profit du Saint-Siège. Il accorde personnellement onze dispenses, aussi bien pour des causes d'intérêt privé que d'intérêt public, et sur ce point il adopte la doctrine des premiers décrétalistes. Mais à ses yeux, la dispense demeure une grâce exceptionnelle, qui doit être motivée par des raisons d'extrême gravité. Après le quatrième concile de Latran, il n'accorde plus aucune dispense. Dès lors, sous les pontificats d'Honorius III et de Grégoire IX, soucieux d'observer strictement les canons du concile de Latran, la dispense devient un acte tout à fait exceptionnel, accordé uniquement pour des causes d'intérêt public. Le pontificat d'Innocent IV marque un tournant dans la pratique de la dispense. A l'inverse de

II

La *dispensatio* peut-elle s'appliquer à toute loi, à toute règle de droit? A cet égard, une distinction fut établie de très bonne heure, et elle s'est maintenue. La *dispensatio* s'applique seulement à la loi humaine, ce qui comprend le *jus pontificium* ou *constitutio ecclesiastica*, c'est-à-dire la législation qu'a faite ou acceptée l'Église. Quant à la loi divine, la *dispensatio* ne peut s'y appliquer; car, seule peut toucher à une loi l'autorité qui l'a établie ou une autorité supérieure. Les canonistes assimilent, à cet égard, le droit naturel au droit divin, le considérant comme directement établi par Dieu. Cette distinction remonte très haut, à l'époque où la *dispensatio* s'expliquait par les principes de la répression disciplinaire ¹; elle se maintiut, avec une base plus solide, lorsque la conception de la *dispensatio* eut changé ².

ses prédécesseurs, il ouvre très libéralement la porte à la concession des dispenses. De simples considérations d'intérêt privé suffisent désormais à les obtenir, comme les décrétalistes en avaient montré la possibilité. Les papes qui ont succédé à Innocent IV marquent une réaction très nette contre la facilité avec laquelle les dispenses avaient été accordées. Malgré tout, une tradition est déjà établie, la théorie de la dispense est construite; malgré leur désir de restreindre l'octroi des dispenses, ces papes en accordent beaucoup plus que ne l'avaient fait les prédécesseurs d'Innocent IV, et pour des causes d'intérêt privé. L'avènement de Nicolas IV marque le triomphe de la tendance libérale : désormais les restrictions qui avaient été posées sont emportées. La pratique des dispenses est définitivement établie, et très nombreuses sont celles qu'accordent Boniface VIII et Clément V. Dauvillier, *op. cit.*, p. 201 et s.] J. D.

1. Voyez, sur ce point, les opinions des principaux théologiens depuis Fulbert de Chartres jusqu'à saint Bernard, dans Thomassin, *Vetus et nova Ecclesiæ disciplina*, Pars. II, l. III, c. xxix.

2. D. XIV : « Item adversus naturale jus nulla dispensatio admittitur » ; v^{is} *Item adversus* : « Nunc assignat differentiam ejusdem juris ad alia jura in sententiæ rigore; nam contra alia jura admittitur dispensatio. » — C. II, D. XIV, et la glose v^o *Sicut*. — Covarruvias, *Opera*, I, p. 174 : « Etenim lex divina continet ea quæ ab ipso Deo determinata sunt, non solum in communi ratione justitiæ, sed etiam quoad singulares actus : qua ratione dis-

Mais si ce principe s'est toujours affirmé, son application n'a pas été sans difficultés. Il faut, en effet, déterminer d'abord ce qu'on entendra par droit naturel; or, c'est une notion qui n'a jamais acquis une entière fixité, les termes *droit naturel* et *nature* ayant été pris dans les sens les plus divers. Gratien, et après lui les anciens canonistes ¹, pour déterminer en quoi il consiste, se sont référés, d'un côté, aux paroles de l'Évangile sur l'esprit de charité, présenté comme l'essence de la Loi nouvelle ², et, d'autre part, aux données du droit romain. Il est vrai que, dans un autre passage ³, Gratien paraît assimiler le droit naturel, le droit divin et la loi canonique ⁴. Mais cette assimilation n'est exacte que pour la partie des textes canoniques qui reproduit le *jus divinum*; le maître lui-même déclare, dans ce passage, que les règles simplement canoniques doivent céder devant le droit naturel.

Quant au droit divin, les canonistes en trouvent l'expression seulement dans la lettre de l'Ancien et du Nouveau tes-

ta-
 tamentum ab alio quam ab ipso Deo non recipit. » — Sanchez, *De sacr. matr.*, l. VIII, disp. VI, n^o 2 et s.

1. Voyez les définitions des anciens glossateurs, dans Freisen, *op. cit.*, p. 894 et s. [Sur les transformations de la notion de Droit naturel chez les canonistes et les théologiens, Grabmann, *Das Naturrecht der Scholastik von Gratian bis Thomas von Aquin*, *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, t. XVI, 1922, p. 12 et s.; dom Lottin, *Le Droit naturel chez saint Thomas d'Aquin et ses prédécesseurs*, 2^e éd., Bruges, 1931.] J. D.

2. D. I : « Jus naturæ est, quod in Lege et Evangelio continetur, quo quis jubetur alii facere quod vult sibi fieri et prohibetur alii inferre quod sibi nolit fieri. Unde Christus in Evangelio : Omnia quæcunque vultis ut faciant vobis homines et vos eadem facite illis. Hæc est enim lex et prophetæ. »

3. C. I, VII, D. I.

4. *Dictum* sur c. XI, D. IX : « Cum ergo naturali jure nichil aliud præcipiatur quam quod Deus vult fieri, denique cum in canonica scriptura nichil aliud quam in divinis legibus inveniatur, divinæ vero leges natura consistant : patet quod quæcunque divinæ voluntati seu canonice scripturæ contraria probantur, eadem et naturali juri inveniuntur adversa. Unde quæcunque divinæ voluntati, seu canonice scripturæ, seu divinis legibus postponenda censentur, eisdem naturale jus præferri oportet. Constitutione ergo, *vel ecclesiastica*, vel sæculares, si naturali juri contrari præbantur, penitus sunt excludendæ. »

tament, la Loi et l'Évangile. Mais ce qui, dans la Loi, est considéré comme immuable, ce sont uniquement les préceptes moraux qui y sont contenus, les parties rituelles ou mystiques ayant au contraire perdu leur valeur par l'apparition de la Loi nouvelle ¹.

Tout ce qui, dans le droit canonique, se trouve en dehors du droit naturel et du droit divin ainsi conçus, apparaît comme législation purement humaine et, par suite, susceptible de *dispensatio*. Cependant, à raison de divers textes, on se demanda pendant longtemps si les dispositions contenues dans les plus anciens conciles œcuméniques, fondement premier de l'organisation de l'Église, étaient *dispensabiles* ².

Devant ces difficultés, les docteurs anciens avaient adopté une méthode particulière. Tout en proclamant la distinction fondamentale que je viens de rappeler, ils n'en faisaient pas en réalité grand usage. Pour déterminer quelles règles admettaient ou non la *dispensatio*, ils procédaient par solutions isolées et fragmentaires, dont chacune s'appuyait sur des textes précis du *Corpus juris canonici*. C'est ainsi que procèdent Bernard de Parme ³ et Durantis ⁴. Ce sont surtout les

1. *Dictum* sur c. III, D. VI : « In Lege et Evangelio jus naturale continetur; non tamen quæcunque in Lege et Evangelio continentur, naturali juri coherere probantur. Sunt enim in lege quædam moralia, ut : non occides et cetera; quædam mistica utpote sacrificiorum præcepta. Moralia mandata ad naturale jus spectant atque ideo nullam mutabilitatem recepisce probantur. Mistica vero, quantum ad superficiem, a naturali jure probantur aliena, quantum ad moralem intelligentiam, inveniuntur sibi annexa; ac per hoc, etsi secundum superficiem videantur esse mutata, tamen secundum moralem intelligentiam mutabilitatem nescire probantur. »

2. Glose sur c. v, C. I, qu. 7, v^o *Plerisque* : « Dicunt quidam indistincte quod contra quatuor concilia non possit dispensari, nec contra Evangelium vel præceptum apostoli. » — Covarruvias, *Opera*, I, 174 : « Ex his deducitur intellectus ad textum c. VIII, C. XXV, qu. 1, in quo Zozimus papa asserit Romanum pontificem nihil posse contra Patrum statuta sancire, est enim id intelligendum, quatenus ista statuta jus naturale vel divinum referunt... Dispensare autem potest papa circa jus humanum, etiam in his quæ ab apostolis fuerunt statuta. »

3. Glose sur c. IV, X, *De conc. præb.*, III, 8, v^o *Dispensare*.

4. *Speculum*, lib. I, part. I, p. 78 et s. Voici comment il débute en par-

théologiens qui ont ramené la question à l'application rationnelle des principes posés : la formule, à cet égard, est donnée avec une netteté parfaite dans la *Somme* de saint Thomas d'Aquin ¹.

En même temps, ceux-ci fournissaient de savantes et précises définitions du droit naturel ² et de la loi divine ; ils avaient une doctrine raisonnée sur la force obligatoire de la *Lex vetus* et de la *Lex nova*. Comme, à partir du xvr^e siècle, leur influence devint prépondérante sur le développement du droit canonique, ce furent leurs conceptions qui tendirent à remplacer les solutions de détail fournies par les canonistes.

Une question se posait encore : Était-il absolument impossible au pape d'accorder une dispense pour une règle rentrant dans le droit naturel ou divin ? Une opinion s'était produite de bonne heure qui, même ici, lui reconnaissait le droit de *dispensatio*, pourvu qu'il ne s'agît pas des articles de foi³. Elle était indiquée dès le début du xii^e siècle par Geoffroi de Vendôme ⁴ ; elle avait été soutenue par Vincentius Hispanus,

tant du pouvoir de la papauté : « De dispensatione domini papae. Super quo notandum est quod sunt certi casus in quibus dispensare non potest, quibus exceptis, per consequens alia in ejus arbitrio relinquuntur. »

1. *Summa, prima secundæ*, qu. 97, art. 4 : « Ad tertium dicendum quod lex naturalis in quantum continet præcepta communia, quæ nunquam fallunt, dispensationem recipere non potest. In aliis vero præceptis, quæ sunt quasi conclusiones præceptorum communium, quandoque per hominem dispensatur, puta quod mutuum non reddatur proditori patriæ vel aliquod hujusmodi. Ad legem autem divinam ita se habet quilibet homo sicut persona privata ad legem publicam, cui subicitur. Unde sicut in lege humana publica non potest dispensare nisi ille a quo lex auctoritatem habet, vel is cui ipse commiserit, ita in præceptis juris divini, quæ sunt a Deo nullus potest dispensare nisi Deus, vel is cui ipse specialiter committeret. »

2. Saint Thomas d'Aquin, *Summa, prima secundæ*, qu. 94, art. 2.

3. Saint Thomas d'Aquin, *Summa, prima secundæ*, qu. 98-105 ; qu. 106 et s.

4. Cité par Freisen, *op. cit.*, p. 894 : « Sunt quidam qui Romanæ Ecclesiæ omnia licere putant et quasi quadam dispensatione aliter quam divina Scriptura præcipit eam facere posse ; quicumque ita sapit, desipit. Nam Romanæ Ecclesiæ post Petrum minime licet quod Petro non licuit. »

que rappelle, en l'approuvant, Panormitanus ¹. La même affirmation se trouve chez Johannes Andreæ ². Panormitanus, de son côté, professe cette thèse à plusieurs reprises et avec une grande netteté. Il en donne cette raison, que, si Dieu seul a le pouvoir de dispenser de la loi divine, il a pu déléguer ce pouvoir à quelqu'un, et que le pape doit justement être regardé comme ce délégué de Dieu sur la terre ³ : c'est un trait qui revient souvent chez les canonistes que d'appliquer aux actes de la divinité, tels qu'ils les conçoivent, les catégories juridiques du droit romain ⁴. Cette doctrine avait d'ailleurs pour point d'appui un texte où le pape Alexandre III permet à de pauvres pêcheurs, en temps de grande misère, de pêcher les jours de dimanche ⁵. Elle

1. Sur c. iv, X, *De conc. præb.*, III, 8 : « In potestate vero dispensandi dicit hic Vincentius, quod in omnibus potest papa dispensare præterquam in articulis fidei, quod satis mihi placet, et est dictum valde notabile, et intellige de dispensatione proprie sumpta scilicet quam facit ex causa rationabili. »

2. Panormit., sur c. vii, X, *De voto*, III, 34, n° 17 : « Quærit Jo(hannes) An(dreæ) de tribus quæstionibus. Primo, an omnia liceant papæ; secundo, an omnia deceant; tertio, an omnia expediant. Quoad primum dic quod sic, si non fiant contra fidem... Quoad secundum, si est justa causa, si sibi decet. Quoad tertium, si ordine judiciario agit semper expedit facere justitiam nec illam perverti. »

3. Sur c. iv, X, *De conc. præb.*, III, 8, n° 12 : « In aliis vero non concernentibus fidem potest papa dispensare ex causa, quia ille qui dispensat non tollit legem, sed ex causa in certa persona vel ad tempus remittit et dispensatio est quandoque necessaria... quia verisimile est quod Deus ex causa dedit potestatem suam inter homines vicario suo; alias non fuisset bonus paterfamilias, si dimisisset gregem suum sine pastore, qui ex causa possit omnibus consulere... Cum idem sit Dei et vicarii sui consistorium, potest papa fere omnia facere, quæ Deus potest, clave non errante. » — Le même sur c. iv, X, *De elect.*, I, 6, n° 8; sur c. v, X, *De voto*, III, 34, n° 7.

4. Voyez mon étude sur *Le serment promissoire en droit canonique* (*Nouvelle Revue historique de droit*, t. XII, p. 260).

5. C. iii, X, *De feriis*, II, 9. — Panormit. sur c. iv, X, *De usuris*, V, 19 : « Notatur quod contra dispositionem Novi et Veteris Testamenti papa non dispensat. Sed contra hoc facit c. *Licet*, *De feriis*, ubi videtur textus apertus in contrarium. Nam papa indulget ibi in diebus dominicis piscari propter

fut reproduite dans les débats de concile du Trente ¹.

En sens inverse, une opinion maintenait que le pape ne pouvait jamais dispenser du droit divin et du droit naturel; elle expliquait les textes, en apparence contraires, tels que le c. III, X, *De feriis*, en y voyant une *declaratio* du droit divin et non pas une *dispensatio* ².

Enfin, d'autres docteurs font, quant au droit divin, une distinction qui équivaut à celle rappelée précédemment, et d'après laquelle le droit naturel se divise en *primaire* et *secondaire* ³. Ils distinguent les règles du droit divin, qui sont de son essence même, et dont l'application constante et nécessaire ne saurait faire doute, et celles qui sont plus contingentes, non dans leur principe, mais dans leur application : pour les premières, la *dispensatio* ne se conçoit pas; elle est possible pour les secondes ⁴.

necessitatem et tamen ibi sunt feriæ tam de jure divino quam humano. Sed potest dici hoc procedere in eo quod in se malum est, quia aliqua ratione non potest fieri bonum. »

1. *De Prato* (Theiner, *Acta*, II, p. 251) : « Cum dicunt... esse de traditione apostolica, ergo de jure divino, ergo indispensable : respondit id non sequi, nam multa dispensantur quæ sunt extraditione apostolica, ut jejunium quartæ feriæ. Quadragesimæ, bigamia, super quibus dispensatur ; ut etiam quod mulier oret aperto capite et similia. »

2. Covarruvias, *De Matr.*, pars. II, art. 6, § 9 (*Opera*, I, p. 174) : « Constat non recte locutum fuisse abbatem, dum sensit papam posse cum causa in jure divino dispensare.. Id enim nullo jure subsistere potest. Habet enim potestatem Romanus pontifex interpretandi et declarandi jus divinum ; ex qua declaratione constabit jus illud ad casum aliquem non extendi, ex aliqua causa ; dispensandi vero nulla ei competit facultas, nec causa aliqua id pati potest... Quamobrem fugere omnino oportet dispensandi verbum jura divina et naturalia tractantem. » Et les auteurs qu'il cite, ainsi que ceux cités par Sanchez, *De sacr. matr.*, l. VIII, disp. VI, n° 2.

3. Ci-dessus, t. I, p. 70.

4. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. VIII, disp. VI, n° 6 : « Quædam sunt de jure divino, quæ absque dubio sunt de se eius conditionis ut nunquam in ea cadere possit dispensatio aliqua pontificia, quod nequeat cogitari casus, in quo sit ratio dispensandi, ut ad fornicandum, vel ne filius veneretur parentes, vel ad mutandas sacramentorum formas. Alia vero sunt, quæ, licet in universum expediant, in aliquo casu speciali possunt non expedire,

Telle est, dans ses traits généraux, la théorie canonique de la *dispensatio*. Il était nécessaire de la dégager avant d'étudier son application au droit du mariage. Pour exposer la doctrine à cet égard, je rechercherai, d'abord, par qui peuvent être accordées les dispenses matrimoniales, et, secondement, pour quels empêchements elles sont admises.

III

Le principe qui a prévalu, c'est que, pour le *forum externum*, le pape seul peut accorder la dispense des empêchements de mariage, soit dirimants, soit prohibitifs. La raison est que les uns comme les autres résultent des lois générales de l'Église. C'est là ce qu'enseigne déjà Sanchez dans les termes les plus nets ¹. C'est ce que constatent les modernes ² : ils ne reconnaissent à l'évêque le *jus dispensandi* qu'en vertu d'une délégation expresse ou tacite de la papauté ³; tout au plus aurait-il un pouvoir propre quant à la dispense des empêchements prohibitifs qu'il a pu établir lui-même, par des statuts synodaux, pour la circonscription de son évêché ⁴.

et ita admittere dispensationem... ut contingit in residentia episcoporum, quæ est de jure naturali et divino, in qua pontifex dispensare potest, et in consecratione sub utraque specie quæ est de jure divino positivo, in qua in remotissimis regionibus, ubi non est copia vini, potest juxta veriorementiam pontifex dispensare. »

1. *De sacr. matr.*, l. VIII, disp. VI, n^{os} 14 et s. (empêchements dirimants). — L. VII, disp. XVII, n^o 10. — L. VIII, disp. X-XII (empêchements prohibitifs).

2. Feije, *op. cit.*, n^o 603 : « In omnibus impedimentis juris ecclesiastici, Romanus pontifex dispensandi potestatem habet, vi sui primatus; nemini vero alteri, cujuscumque etiam dignitatis, episcopo ea potestas est nisi pontifex concesserit, quum agatur de lege superioris; consuetudine etiam acquiri non potest nisi de pontificis approbatione constat. »

3. Feije, *op. cit.*, n^o 612 : « Quidquid asseratur de jure, quo antiquitus episcopi in pluribus impedimentis dispensaverint, certum eos nullo hujusmodi jure proprio potiri, quum impedimenta partem constituent disciplinæ universalis; expresso itaque vel tacito pontificis consensu indigent. »

4. Laemmer, *Institutionem*, p. 409 : « Ex auctoritate ordinaria können

Cette règle, résultat naturel de l'évolution décrite plus haut quant au droit de *dispensio*, ne s'est dégagée sous sa forme absolue que dans les temps modernes. Longtemps les évêques ont gardé, au moins localement, des pouvoirs propres, vestiges de leur puissance ancienne, souvenirs de l'époque où ils étaient les *dispensatores* ordinaires. Ainsi, aux ^{xvii}^e et ^{xviii}^e siècles encore, d'après les *Conférences de Paris*, un grand nombre d'évêques français accordaient de leur propre autorité la dispense de l'empêchement dirimant de consanguinité, au moins pour les quatrième et troisième degrés ¹. Cabassut, en signalant cette pratique comme suspecte, n'ose cependant pas la condamner ². C'était aussi, conformément à la doctrine ancienne ³, un point reconnu, qu'en cas de nécessité les évêques pouvaient accorder la dispense de tous les empêchements dirimants, *ex propria auctoritate*. En France, par une interprétation large, on appliquait cela en général au mariage des

die Bischöfe in der Regel nur von dem *impedimentum impediens*, das sie selbst für den Umfang ihrer Diocese statuirt haben, dispensiren. »

1. *Conférences ecclésiastiques*, t. III, p. 338 : « Les évêques dont les prédécesseurs se sont conservés dans la possession de dispenser de quelques degrés prohibés, par exemple, ou du quatrième, ou du trois au quatre, peuvent encore dispenser de droit sans indult, et leur droit est confirmé par l'usage de leur diocèse : et ce sont, dit M. de Sainte-Beuve, les évêques de Languedoc et de Guyenne. On est dans ce même usage à Paris, à Châlons-sur-Marne et dans beaucoup d'autres diocèses de France, où l'on dispense même du troisième degré parce que le concile de Trente n'a défendu que les dispenses du second degré. Ces évêques sont fondés sur l'ancienne et paisible possession de leurs prédécesseurs, qui est autorisée et reconnue par les parlements de Toulouse, de Bordeaux et de Paris; il ne paraît pas qu'ils inquiètent les personnes qui se marient dans ces degrés avec des dispenses de leurs évêques. »

2. *Theoria et praxis*, l. III, c. xxvii, n° 5, p. 387 : « Quod aliqui affirmant posse ordinarios in hoc regno absolute dispensare ad contrahendum matrimonium in quarto, aut etiam in tertio cognationis aut affinitatis gradu, utrum id ita consuetudine invaluerit ut jus faciat, certum et indubitatum asserere non ausim. Scio alicubi ab ordinariis dispensatum; scio quoque id aliis ordinariis improbari. »

3. Ci-dessus, t. II, p. 324; et encore Sanchez, *De sacr. matr.*, l. II, disp. XL.

pauvres, qui ne pouvaient faire les frais des dispenses demandées en cour de Rome¹. Mais ces coutumes locales ont disparu dans la suite, considérées comme des abus²; et la règle même, qui reconnaissait aux évêques le droit propre de dispenser des empêchements dirimants en cas de nécessité, a disparu de la doctrine canonique, expressément condamnée par la Congrégation du Concile³.

Le pouvoir des évêques s'est mieux maintenu quant à la dispense des empêchements prohibitifs. Au xvii^e siècle, Cabasut estimait encore qu'ils pouvaient accorder cette dispense, sauf deux exceptions⁴. A la fin du xviii^e, c'était aussi la doc-

1. *Conférences ecclésiastiques*, t. III, p. 340 : « Il est encore des évêques qui sont en possession de dispenser de tous les empêchements dirimants. 1^o Il est des pays d'où l'on ne peut aisément avoir recours au pape pour les empêchements publics. Il est nécessaire que les évêques usent de leur droit dans le Nord et dans les isles orientales et occidentales; il y a même quelques évêchés d'Allemagne qui sont en possession de le faire. 2^o En France, tous les évêques dispensent des empêchements dirimants publics, *inter pauperes, et ubi non est facilis recursus ad summum pontificem*. Dans ce cas de nécessité, ils rentrent dans leur droit. »

2. Au concile de Trente, un assez grand nombre de Pères avaient proposé de confirmer et régulariser cet état de choses en conférant aux évêques le droit de dispenser des troisième et quatrième degrés de parenté; mais cela ne fut pas adopté. Ci-dessus, t. II, p. 264; Cf. *Conférences ecclésiastiques*, t. III, p. 337.

3. Schulte et Richter, p. 271, n^o 120 : « S. C. censuit episcopum in casu urgentissimæ necessitatis non posse ante contractum matrimonium ex impedimento publico dispensare. 13 mart. 1660. » — N^o 121 : « S. C. ratam habuit declarationem sequentem a S. Congregatione Inquisitionis editam : Propositio asserens episcopum posse dispensare in publico impedimento matrimonium dirimente consanguinitatis pro matrimonio contrahendo, sive in articulo mortis, sive in alia urgentissima necessitate, in qua contrahentes non possint expectare dispensationem sedis apostolicæ, est falsa, temeraria, scandalosa, perniciosa et sediciosa. » — Cf. n^o 122.

4. *Op. cit.*, l. III, c. xxvii, n^o 7, p. 388 : « Ex rationabili et justa causa possunt ordinarii dispensare circa impedimenta non dirimentia, non solum ad prius contractum, sed etiam ad contrahendum matrimonium, exceptis votis simplicibus et absolutis perpetuæ castitatis et religionis... Navarra addens hanc esse ubique receptam consuetudinem. »

trine de Devoti, qui multipliait, il est vrai, les exceptions¹. De nos jours encore, la même thèse est affirmée², quoique timidement; on explique ce droit, que limitent de nombreuses réserves, par une coutume approuvée du Saint-Siège.

D'ailleurs, par tout un système de délégations expresses ou tacites, la papauté confère aux évêques le *jus dispensandi* dans la mesure où l'exigent les besoins de la pratique³.

En dehors de leur pouvoir propre et de la délégation papale, les évêques peuvent avoir reçu d'une loi générale le pouvoir de dispenser dans un cas déterminé. C'est ainsi que le concile de Trente leur permet d'accorder la dispense des publications⁴; on s'est demandé si un pouvoir semblable ne résulte pas d'un autre texte du même concile. Il s'agit d'un chapitre du décret *De reformatione matrimonii*, qui sera étudié plus loin⁵ et qui décide dans quel cas devra être accordée ou refusée la dispense de l'empêchement de consanguinité⁶. Ce texte ne dit pas quelle autorité accordera alors la *dispensatio*, et, par cela même, d'après une interprétation indiquée plus haut et généralement admise, il semble que ce pouvoir est conféré aux évêques⁷. Mais, ici, cette interprétation ne peut s'appliquer; il résulte de tout le contexte que c'est la *dispensatio pontificis*

1. *Institutiones canonicæ*, l. II, tit. II, sect. IX, § 421 : « Episcopis permissa tantum est facultas laxandi impedimenta impedimentia, exceptis hæresi et sponsalibus, in quibus non licet fidem fallere, invito eo, cui data est, et voto simplici aut perpetuæ castitatis, aut ingrediendi religionem, quod, cum purum fuerit nullique conditioni obnoxium, tantum Romano Pontifici reservatur. »

2. Feije, *op. cit.*, n° 613 : « Consuetudine diuturna a Romanis pontificibus approbata, amplior est episcoporum potestas dispensandi in impedimentis impredientibus, eaque ex præfata consuetudine approbata ita est episcopali officio conjuncta, ut proprie non delegata, sed ordinaria vel quasi ordinaria dicatur. Non omnia tamen impedimenta impedia, nonnulla etiam intra determinatos tantum limites, comprehendit. »

3. Feije, *op. cit.*, n° 613 et s.

4. Ci-dessus, t. II, p. 196.

5. Ci-dessous, t. II, Chap. VII, IV.

6. *De reform. matrim.*, c. v, Schulte et Richter, p. 219.

7. Ci-dessus, t. II, Chap. V, III.

que le concile a eue seulement en vue ; il veut déterminer non la source de ce pouvoir, mais les conditions dans lesquelles il devra être exercé¹.

IV

Pour déterminer quels empêchements de mariage peuvent ou non être écartés par une *dispensatio*, les canonistes se réfèrent à la distinction fondamentale entre le *jus humanum* d'une part, et le droit naturel ou divin d'autre part². Il faut même remarquer que ceux qui admettent en général une certaine *dispensatio circa jus divinum* reviennent en cette

1. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. VIII, disp. VI, n° 19 : « Sed absque dubio tenendum est non posse. Quia ex antecedentibus colligitur totum illud decretum cum pontifice loqui, proponendo illi expedire ut nunquam dispenset cum iis qui mala fide similia iniere matrimonia; secus quando cum bona fide. Adde sic quoque consuetudine explicatum hoc decretum. »

2. *De sacr. matr.*, l. VIII, disp. VI, n° 6, 10 : « Sed potest obijci juxta hanc regulam licere quandoque pontifici dispensare ut quis sororem aut plures uxores ducat aut ut matrimonium consummatum dissolvatur. Posset enim casus accidere, in quo ad bonum commune pacemque reipublice tuendam id valde expediret... Verissima tamen sententia est in nullo impedimento jure divino naturali matrimonium dirimente posse pontificem dispensare, nec in casu aliquo speciali (excipe votum solemne religionis de quo est instituenda dispensatio VIII)... Quamvis occurrere possit casus, in quo dispensatio in impedimento juris naturalis esset expediens bono communi et valde necessaria, ut matrimonio inito inter fratrem et sororem. At ex ea dispensandi potestate tot fornicationes inter fratres et sorores consurgerent, aut pericula tanti sceleris admittenti, ac tanta indecentia naturalis est in iis matrimoniis ut praeponderent hæc bono, quod sequi posset, hac facultate dispensandi relicta in Ecclesia, qua relicta, forte ad plures quam par est dispensationis via aperiretur. Et ideo Deus optimus maximus omnico circa hæc potestatem dispensandi denegavit, sed tantum facultatem hæc matrimonia ineundi concessit, ubi lex naturalis conservandi generis humani strictior urgeret, ut si soli parentes et filii superstites in orbe essent. Hoc autem ita se habere colligitur ex usu Ecclesiæ, quæ in nullo eventu hactenus dispensavit ut matrimonia parentum cum filiis, aut fratrum cum sororibus inceantur. Et si aliquando in hoc ultimo casu forte legatur dispensatum, id evenit, quod pontifex ille dispensans amplexus sit opinionem doctorum asserentium solo jure pontificio dirimi matrimonium inter fratres et sorores. Id quoque colligitur ex communissima doctorum sententia, asserente absolute non posse pontificem in his impedimentis dispensare. »

matière à la thèse rigoureuse, d'après laquelle ni le droit naturel, ni le *jus divinum* ne comportent la *dispensatio*. C'est, en particulier, la doctrine de Sanchez.

Il faut donc passer en revue les divers empêchements de mariage, pour les classer dans l'une ou l'autre catégorie. Pour cela, je vais les reprendre en suivant l'ordre même d'après lequel je les ai étudiés dans la seconde partie de cet ouvrage. Cela m'amène à envisager d'abord les empêchements qui reposent sur une idée d'incapacité générale.

1° En droit canonique, on l'a vu, le mariage contracté par un impubère est nul, sauf ce tempérament que, si l'aptitude à la génération a devancé la puberté légale, l'union devient valable exceptionnellement. En supposant une personne impubère de droit et de fait, mais d'ailleurs capable de comprendre l'acte qu'elle accomplit, le pape pourrait-il, par une *dispensatio*, valider le mariage qu'elle a contracté ou qu'elle veut contracter? C'est un point controversé. On peut soutenir, en effet, qu'ici l'incapacité est fondée sur le droit naturel, et l'on rapporte, dans ce sens, une décision de Grégoire XIII¹. L'opinion dominante paraît cependant s'être fixée en sens contraire. La principale raison, c'est que seule peut être considérée comme un empêchement de droit naturel l'impuissance perpétuelle (et encore est-ce une question discutée) : l'impubère, au contraire, est destiné à devenir *copulæ capax*; son incapacité actuelle ne dérive donc que du droit ecclésiastique, et, par suite, la *dispensatio* peut la faire disparaître². Le raisonnement est assez ingénieux; mais il

1. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. VII, disp. CIV, n° 8 : « Puer ante pubertatem caret potentia ad copulam; jure ergo natura est incapax ut potestatem sui corporis tradat ad copulam conjugalem; in qua traditione essentia matrimonii consistit... Apud Navarrum (l. III Consiliorum, in 2^e edit., *De spons. impub.*, cons. 5, *in fine*) refertur Gregorium XIII, die 13 aprilis 1580, respondisse petenti dispensationem ad impuberis matrimonium, non posse apostolicam sedem dispensare, si discretio desit aut potentia consummandi matrimonium. » [Mais Nicolas IV et Clément V avaient précédemment accordé des dispenses de cet empêchement. Dauvillier, *op. cit.*, p. 141.] J. D.

2. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. VIII, disp. CIV, n° 9 (beaucoup d'autorités

faut reconnaître que, moins que toute autre législation, le droit canonique avait besoin d'introduire ici la dispense d'âge, d'autant qu'aucune limite n'est fixée. Tout enfant qui a la conscience de ses actes pourra valablement, quelque jeune soit-il, être rendu capable, par voie de dispense, de contracter un légitime mariage.

2° Le mariage est interdit et nul entre chrétiens et infidèles. Il semble bien que cet *impedimentum disparis cultus* doive être considéré comme dérivant du *jus divinum* et, par suite, comme n'admettant pas la *dispensatio*. On en fait remonter l'origine au chapitre VII du *Deutéronome*, où le mariage est interdit entre les Hébreux et les gentils pour des raisons qui paraissent s'appliquer également aux unions entre chrétiens et infidèles¹; dans un passage du *Livre d'Esdras*, de tels mariages sont de plus formellement déclarés nuls². Cependant, ici encore, l'opinion dominante est en sens contraire. On reconnaît bien que la prohibition en elle-même provient du *jus divinum*, mais on soutient que la nullité du mariage, c'est-à-dire l'empêchement dirimant, procède seulement de la *lex ecclesiastica* qui l'a introduit. On relève les mariages entre Hébreux et gentils rapportés par la Bible dans les temps antiques, entre Jacob et les filles de Laban, Joseph et la fille de Putiphar, Moïse et la fille de Jéthro, Assuérus et Esther. Quant à la nullité prononcée par Esdras, c'est une disposition positive de l'ancienne Loi qui n'a point passé dans la Loi nouvelle : c'est la coutume ecclésiastique qui a établi, parmi les chrétiens, la nullité résul-

citées), n° 11 : « Deducitur integrum esse summo pontifici dispensare ut in quacumque ætate matrimonium iniri valeat, modo pueri rationis usus participes sint. » — Freije, *op. cit.*, n° 539.

1. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. VII, disp. LXXI, n° 5 : « Ibi Deus interdixit matrimonium Hebræorum cum gentibus; atque id præceptum fuisse partim morale manifeste ostendit ratio ejus præcepti subjuncta : Quia seducit filium tuum ne sequatur me et ut magis serviat diis alienis. »

2. *Esdræ*, I, c. ix et x.

tant du *dispar cultus* ¹. Par suite, le pape peut accorder la dispense de cet empêchement ² : en fait, elle est parfois accordée, surtout pour les mariages entre Juifs et catholiques ³.

3° Les docteurs ne sont pas d'accord sur le point de savoir si l'impuissance annule le mariage *jure naturæ* ou seulement *jure pontificio*. Ceux qui soutiennent la seconde opinion tirent argument d'un texte dans lequel l'enfant impubère est assimilé à l'impuissant ⁴. Mais cela n'est guère soutenable, étant donnée la conception naturaliste du mariage que j'ai relevée tant de fois. Aussi, l'avis qui prévaut voit dans l'impuissance un empêchement de droit naturel, dont, par conséquent, la dispense est impossible ⁵. Mais, malgré sa nullité radicale et irréparable, le mariage de l'impuissant peut être maintenu par la volonté des époux, résolus à vivre comme frère et sœur, puisqu'eux seuls peuvent en principe intenter l'action en nullité.

4° Toute personne engagée dans les liens du mariage est incapable de contracter une nouvelle union tant que vit son premier conjoint. Pour déterminer si l'empêchement résultant

1. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. VII, disp. LXXI, n° 8 : « Fatendum quidem est nullum esse textum quo hæc irritatio inducatur, et ita eam non haberi ex lege aliqua ecclesiastica scripta; sed ex receptissimo Ecclesiæ usu vim legis obtinuisse et ex apostolorum traditione. » — Feije, *op. cit.*, n° 459 : « Quamquam autem jure ecclesiastico consuetudinario hoc impedimentum fuit inductum, viget tamen ubique terrarum. »

2. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. VII, disp. LXXI, n° 10 : « Deducitur posse ex pontificia dispensatione matrimonium iniri inter fidelem et infidelem, cum pontifex dispensare possit in omni jure ecclesiastico, quo attento est matrimonium hoc irritum. »

3. Laemmer, *Institutionen*, p. 411 : « *Cultus disparitas* nur sporadisch im Missionsländern. » — Feije, *op. cit.*, n° 684. Voyez des exemples dans : *Archiv für katholisches Kirchenrecht*, t. LV, p. 161 et s.; t. LXIII, p. 118.

4. C. II, X, *De frig.*, IV; 5.

5. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. VII, disp. XCVIII, n° 2 : « *Essentia matrimonii* consistit in perpetua obligatione et traditione potestatis corporis ad copulam conjugalem. »

du *ligamen* peut être écarté par la *dispensatio*, on distingue entre le mariage consommé et celui qui ne l'a pas été.

Quant au premier, l'empêchement du *ligamen* est considéré comme étant de droit divin ¹, et la papauté ne saurait en accorder la dispense; elle ne peut valablement autoriser un époux à contracter un nouveau mariage du vivant de son conjoint. C'est une doctrine qui a été constamment maintenue. Elle est affirmée dans une décrétale d'Honorius III rendue à l'occasion de divers désordres ou abus qui étaient signalés dans le nouvel empire fondé par les croisés de la quatrième croisade, où Grecs et Latins se trouvaient en contact constant et se communiquaient leurs usages ². L'un de ces abus était le divorce, largement pratiqué par les Grecs ³. Le pape donne à son légat des instructions à ce sujet : il lui permet de se relâcher sur certains points de la rigueur des lois, afin de rétablir l'ordre et la paix; mais il indique en même temps que certaines règles n'admettent pas de dispense, et l'une de ces règles c'est l'indissolubilité du lien conjugal ⁴. Au concile de Trente, il fut solennellement affirmé que l'Eglise n'avait jamais dispensé d'un semblable empêchement ⁵.

1. Feije, *op. cit.*, n° 438 : « Non tantum est juris divini positivi, sed et adeo cum jure naturæ connexum ut ad hoc potius referatur. »

2. C. xi, X, *De transact.*, I, 36, et les notes de Gonzalez Tellez sur ce texte.

3. « Ad hoc laici Græci uxores suas secundum motum propriæ voluntatis dimittere et alias superducere non verentur. »

4. « Poteris etiam ad componendum interponere partes tuas et aliquid severitati detrahere, prout, statu imperii et excedentium multitudine pensatis, videris expedire; exceptis nimirum casibus, qui compositionis seu dispensationis remedium non admittunt, utpote conjugii sacramentum; quod, cum non solum apud Latinos et Græcos sed etiam apud fideles et infideles existat, circa illud a severitate canonica recedere non licet. » — Glose sur ce chapitre : « Ut matrimonia legitime contracta separentur nulla dispensatio adhibetur ab Ecclesia, et de tali dispensatione hic intelligitur : nam, ut probatur ex integra, quidam uxores legitimas dimittebant et alias ducebant; cum talibus nulla dispensatio adhibetur, ut sic maneant cum secundis. »

5. *Mathæus Guerra* (Theiner, II, p. 248; Ehses, IX, p. 418) : « Sepa-

S'il s'agit, au contraire, du *matrimonium ratum sed non consummatum*, la *dispensatio* du pape est admise ; elle peut rompre le *ligamen* et permettre aux deux époux de contracter un nouveau mariage. C'est une doctrine qui se fit jour de bonne heure¹. Dès le début du xiii^e siècle, Alanus soutenait que le

ratur tamen quoad thorum, sed vinculum matrimonii manet indissolubile... Ex consuetudine etiam Romanæ Ecclesiæ, que omnium mater est et magistra, idem comprobatur, cum nunquam papa cum talibus dispensaverint. »

1. [D'après Fahrner (*op. cit.*, p. 191), il faudrait voir dans une décrétale d'Alexandre III le premier texte relatif à cette dispense. Le pape prononçant la rupture d'un mariage non consommé pour *affinitas superveniens* déclare autoriser le nouveau mariage de l'époux libéré *ex dispensatione*. Ce n'est pas cependant en ce sens que les docteurs entendaient la dispense en question. Il s'agirait d'une dispense de l'interdiction du mariage qui frappe les incestueux (glose *ex dispensatione*, c. 2, X, IV, xiii). Voir sur le développement historique de cette dispense, Fahrner, *op. cit.*, p. 208 et s.] [Dans une autre décrétale pourtant, *Coll. S. Germanensis*, IX, 13, Alexandre III accorde une véritable dispense de mariage non consommé. Mais la solution est encore très hésitante et embarrassée. L'institution est encore inorganique, et n'est pas parfaitement dégagée du divorce pour cause d'absence, et de la permission de se remarier sur simple présomption de la mort du conjoint. La construction doctrinale — et la dispense de mariage non consommé demeure pendant toute l'époque classique une théorie doctrinale — est imaginée par Alanus, qui invoque que le mariage non consommé tire sa force du droit positif et est donc soumis à la juridiction du pape. Il est suivi par Vincent d'Espagne, Tanerède, Godefroy de Trani, Bernard de Parme, et Hostiensis (qui exige en outre le *mutuus dissensus* des conjoints). Mais ce courant de pensée disparaît complètement chez les canonistes postérieurs, sous l'influence des théologiens, qui établissent que le mariage même non consommé est indissoluble en vertu du droit naturel et de son caractère sacramentel. Forcés d'admettre que ce mariage est dissous par la profession religieuse, ils justifient cette exception en déclarant que le lien purement spirituel qu'est le mariage non consommé est rompu par la mort spirituelle que constitue l'entrée en religion. La possibilité de dispense de mariage non consommé ne reparait que dans l'œuvre de Duns Scot, qui considère cette entrée en religion comme une dispense — *relaxatio* — de l'indissolubilité du lien. Il ne parle pas d'ailleurs de l'octroi de cette dispense par rescrit du pape. Mais les canonistes postérieurs agitent de nouveau la question. On ne rencontre dans les registres des papes postérieurs à Alexandre III aucun exemple de dispense de mariage non consommé et cela

mariage non consommé tirait seulement sa force obligatoire de la *constitutio ecclesiastica*, et Vincentius Hispanus admettait ouvertement la *dispensatio* du pape en ce qui le concernait ¹. Durantis, Guido de Baysio, Petrus de Ancharano, Johannes Andreæ l'admettent également ². Cela s'introduisit aisément, grâce aux habitudes d'esprit qu'avait laissées l'ancienne théorie, la théorie de Gratien, d'après laquelle, seul, le mariage consommé était véritablement indissoluble : la dispense du mariage non consommé n'était pas autre chose qu'une survivance partielle de cette théorie. Mais, dans la suite, lorsque ces souvenirs se furent effacés et que cette influence fut épuisée, on fut plus embarrassé pour expliquer ce pouvoir considérable de la papauté. Des controverses s'élevèrent sur cette *dispensatio*, et dans Sanchez sont développées

encore au temps de Clément V. Petrus de Sampson rapporte qu'un prince, qui invoquait la glose, demanda au pape Innocent (sans doute Innocent III) de dissoudre le mariage non consommé qu'il avait contracté. A quoi le pape aurait répondu: *Maledictus qui te docuit*. Dauvillier, *op. cit.*, p. 301 et s. et 331 et s.] J. D.

1. Glose sur c. VII, X, *De conv. conj.*, III, 32, v° *Consummatum* : « Notavit hic Alanus quod matrimonium non consummatum sortitur naturam ex constitutione Ecclesiæ; ideo circa illud latissime patet papæ potestas. Vincentius dixit quod papa per dispensationem posset dissolvere tale matrimonium... secus de consummato quod ab ipso Deo naturam suam sortitur et sola interpretatio circa illud pertinet ad papam, non dispensatio vel contraria constitutio. »

2. Durantis, *Speculum*, lib. I, part. I, *De dispensat.*, p. 78 : « Sed numquid papa potest solvere matrimonium per verba de præsentis contractum, quod non est carnali copula consummatum? De hoc X, *De conv. conj.*, Ex publico. » — Additions de Johannes Andræ, v° *Consummatum* : « De hoc notat Archidiaconus (C. XXVII, qu. 2, c. *Qui propter*) qui tenet quod papa potest dispensare super matrimonio nondum per carnalem copulam consummato; secus post, quia tunc non potest. » — V° *Publico* : « Adde an papa matrimonium per verba de præsentis contractum, copula non secuta, possit solvere : Petrus de Ancharano, cons. 248 incipiente in Christi nemine (habet) parum dubitationis. » [Mais il y a chez beaucoup des hésitations; même des docteurs tels qu'Hostiensis, qui reconnaissent au pape ce pouvoir, conseillent d'en user le moins possible.]

deux opinions contraires, une qui l'admet et une qui la nie ¹. Il se range à la première, mais sans en fournir une démonstration bien forte. Il se fonde surtout sur la pratique établie à la cour de Rome ², sur la grande utilité de ces *dispensationes* ³, enfin sur la solution, généralement admise, d'après laquelle le pape peut dispenser du vœu solennel de religion, qui représente un lien plus fort encore ⁴. Mais, peu à peu, l'institution prit racine dans la pratique ⁵ et, la jurisprudence de la Congrégation du Concile lui prêtant un constant appui ⁶, elle se consolida et fut mise hors de toute contestation ⁷. Elle joue un rôle important dans la pratique romaine quant à la

1. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. II, disp. XIV, nos 1 et 2.

2. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. II, disp. XIV, n° 2 : « Sententia quæ probabilior est, docet posse pontificem dispensare : Quia in dubiis sententiæ superiorum standum est, et maxime pontificis cui totius Ecclesiæ regimen neumbit, et ita Spiritus Sanctus magis ei assistit ; sed varii pontifices dispensarunt. Nam D. Antonius affirmat se vidisse bullas Martini V et Eugenii IV qui dispensarunt, et Navarra refert ter vel quater ad petitionem suam Paulum III et Pium IV dispensasse. Et Cajetanus refert suo tempore saepe pontifices dispensasse, et Enriquez refert Gregorium XIII unica die cum undecim dispensasse. »

3. Sanchez, *loc. cit.*, n° 2 : « Credendum et Christum, qui in necessariis non deficit, suo vicario concessisse plenam potestatem ad ea quæ bono Ecclesiæ regimini necessaria sunt. »

4. Sanchez, *loc. cit.*, n° 2 : « Utrobique est traditio et minor in matrimonio cum fiat soli homini, in voto autem Deo et homini. »

5. [La pratique ne paraît pas pendant longtemps en avoir été très fréquente. Les premiers exemples sont reportés par les canonistes aux papes Martin V (1417-1431) et Eugène IV (1431-1447). On en connaît pour la France un exemple célèbre, la rupture par dispense d'Alexandre VI au mariage de Louis XII avec Jeanne de Valois (1498).]

6. Voyez décisions de la Congrégation du Concile dans Schulte et Richter, p. 289 et s., nos 139 à 149 ; et dans Feije, *op. cit.*, 3^e édit., p. 829, une longue liste des *dispensationes matrimonii rati non consummati* accordées de 1711 à 1883.

7. Feije, *op. cit.*, n° 601 : « Olim quidem multum disputabatur de Romani pontificis potestate dispensandi in matrimonio rato, non consummato, sed hodie fas non est eam in dubium vocare ; eam enim probat traditio, observantia, seu continuata plurium sæculorum praxis sedis apostolicæ, unde interpretatio juris divini optime colligitur. »

solution des causes matrimoniales, spécialement quant aux demandes en nullité fondées sur l'impuissance¹.

5° Les empêchements dirimants résultant du *votum solemne* et de l'*ordo sacer* admettent-ils la dispense? Pour le vœu solennel des religieux, la question se présente en théorie comme discutée et difficile. Une opinion ancienne et très nette soutenait ici l'impossibilité de toute *dispensatio* : l'empêchement dérivait du droit divin naturel et il était impossible que la personne solennellement consacrée à Dieu perdît jamais cette qualité. Sans doute, le droit canonique admettait, en règle générale, que le pape pouvait dispenser des vœux, car, dans tout vœu formé, son approbation était sous-entendue; mais cela venait de ce qu'il y avait alors utilité à transformer le vœu; ici il était impossible de trouver une solution meilleure et plus sainte que celle qui résultait de l'engagement; on ne pouvait *commutare votum in aliquid melius*². Mais cette thèse trouva de bonne heure des contradicteurs, qui, d'ailleurs, se divisaient quant à la justification qu'ils donnaient de la dispense. Selon les uns, tant que le moine restait moine, le pape ne pouvait pas le dispenser du vœu de continence, pas plus que du vœu de pauvreté; mais le pape pouvait lui enlever le caractère monacal, *de monacho facere non monachum*, et par là même tombait l'obligation au célibat, comme les autres devoirs de l'état monastique³. C'était admettre au fond que

1. Ci-dessus, t. II, Chap. V, IV.

2. Glose sur c. vi, C. XXV, qu. 1, v° *Apostoli* : « Sed circa votum continentie forte non potest dispensare, quia vix inveniretur melius in quod posset commutari, ut extra, *De statu reg.* Cum ad monasterium, Jo(annes). » — C. vi, X, *De statu mon.*, III, 35, et glose, v° *Abdicatio* : « Et tamen quod hic dicit verum est quod papa non potest in his dispensare, quoniam abdicatio proprietatis et custodia castitatis sunt de substantia monachatus... Puto verum esse quod papa in his duobus licentiam indulgere non potest, ut littera ista dicit, etiam si vellet. Nam contra votum castitatis dispensare non possit, quia nullum invenitur æque bonum in quo possit commutatio fieri; quia nihil est melius continentia, et castitas sola est quæ cum fiducia potest Deo animas præsentare. »

3. Glose sur c. vi, X, *De statu mon.*, III, 35, v° *Abdicatio* : « Vincen(tius)

l'empêchement dirimant dérivait non du vœu considéré en lui-même, mais de l'état religieux ; et cela était assez conforme au développement historique que cet empêchement avait suivi¹. Les autres admettaient que le pape pouvait accorder directement la dispense de l'empêchement ; et cela était assez conforme à la théorie générale du vœu². Une opinion intermédiaire et originale était produite par Hostiensis. Il soutient que le pape ne peut point permettre à un moine, *rebus integris*, de contracter mariage ; mais, si un moine a contracté mariage en fait, le pape peut, par une dispense, faire disparaître la nullité. Il se fonde sur cette idée que l'obligation résultant du vœu de chasteté découle bien du droit divin, mais la nullité, l'empêchement dirimant procède seulement de la *constitutio Ecclesiæ*, ainsi que cela résulte de la règle appliquée au *votum simplex*³. C'est l'opinion la plus favorable

et Jo(annes) dixerunt quod papa non potest dispensare ut monachus habeat proprium existendo monachus; sed de monacho potest facere non monachum. » Cf. Hostiensis, *Summa*, p. 373.

1. Glose sur c. vi, X, *De statu mon.*, v^o *Abdicatio* : « Alii dicunt quod potest dispensare propter p'evitudinem potestatis, quod monachus habeat proprium; quoniam potest auferre substantiam rei et de nihilo potest aliquid facere. Et exponunt quod hic dicit : Non potest licentiam indulgere, id est, non congruit potestati illius. »

2. Innocent III, sur c. vi, X, *De statu regul.*, III, 35, n^o 1 : « Hæc autem sunt annexa ordini a jure positivo, quod probo : Monachus autem nihil aliud est quam solitarius tristis, C. XVI, qu. 1, *Placuit*; si igitur plura imponantur, illud est impositum a conditore juris et ex hoc patet quod papa potest dispensare cum monacho, quod habeat proprium vel conjugem, cum possit ordinem et naturam, quam dedit ordini, et substantiam tollere. »

3. Hostiensis, *Summa*, p. 372 : « Potest (Ecclesia) inter voventes distinguere et diffinire; quia si a solemniter voventibus contrahatur non teneat matrimonium, sed si a simpliciter voventibus contrahatur, tenet matrimonium. Nec mireris, quia, licet isti et illi ex vi voti et per consequens jure naturali contrahere prohibeantur, attamen per constitutionem Ecclesiæ tantum separantur. Videtur igitur quod summus pontifex posset dispensare etiam cum monacho professo quod uxorem ductam retineret, tamen non congruit potentiæ suæ, sed nullo modo posset dispensare quod uxorem duceret vel concubinam teneret. Sic nec posset dispensare cum aliquo ligato alicui per verba de futuro quod cum alia per verba de præsentī contraheret,

au pouvoir pontifical qui a prévalu, celle qui admet la dispense directe de l'*impedimentum voti solemnitis* ¹.

La dispense est également admise quant à l'empêchement dirimant résultant de l'*ordo sacer*. Cela va de soi pour ceux qui le considèrent comme dérivant de la *lex ecclesiastica*; pour ceux qui y voient l'effet du *votum*, on retombe dans l'hypothèse précédente. Enfin, ceux-là mêmes qui voient dans le célibat des prêtres une règle de droit divin admettent cependant, pour la plupart, la dispense papale ². De bonne heure la papauté a usé de ce pouvoir dans des cas individuels ³. Dans les temps modernes, elle en a usé parfois pour régulariser, par mesure générale, l'état de nombreux ecclésiastiques, qui, dans une période troublée, avaient contracté mariage. C'est ainsi qu'en 1554, le pape Jules III donna à son légat Reginaldus Polus le droit de dispenser les prêtres anglais qui s'étaient mariés sous le règne d'Henri VIII ⁴. Après la tenue du concile de Trente, la papauté permit aux prêtres catholiques qui s'étaient mariés, dans les pays allemands envahis

tamen si ligatus per se hoc faceret, licet peccaret contrahens matrimonium, tamen teneret. Sic videtur quod non possit monacho dare licentiam contrahendi, si tamen per se contraxerit, potest ei dare licentiam retinendi et cognoscendi : quia licet fregerit votum contrahendo, et ideo pœnitentiam agere debeat, tamen matrimonium contractum, jure naturali seu divino considerato, firmum et ratum est et per solam constitutionem Ecclesiæ separatur, circa quam papa potest dispensare. »

1. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. VIII, disp. VIII, nos 1 et 2.

2. Ferrerius (Theiner, II, p. 258; Ehses, IX, p. 443) : « Monacho autem est diversa ratio, quia is sacravit illegitimationem Deo, ergo papa non potest eam amovere. Sacerdos autem consecravit Deo castitatem, sed non annulationem sui consensus. Papa autem tanquam interpres divinæ voluntatis potest dicere pro Deo : non placet mihi pro nunc hoc tuum votum, sed magis placet conciliatio hujus provincie vel civitatis. » — Voyez ci-dessus, t. II, p. 273, note 2. — Sanchez, *De sacr. matr.*, l. VIII, nos 1 et 2.

3. Voyez les exemples cités par Thomassin, *Vetus et nova Ecclesiæ disciplina*, Pars II, lib. III, c. xxvii, n° 3. — Laemmer, *Institutionen*, p. 411. — Ricardus de Prato (Theiner, II, p. 251; Ehses, IX, p. 430). — Cf. déclarations de la Congrégation du Concile, dans Schulte et Richter, p. 201 et s.

4. Feije, *op. cit.*, n° 684.

par la Réforme, de garder leurs femmes. Pie VII accorda des dispenses aux ecclésiastiques qui s'étaient mariés pendant la Révolution française.

6° L'empêchement dirimant de *clandestinitas* introduit par le concile de Trente procède incontestablement de la *lex ecclesiastica*; ici nous avons même vu le législateur fonctionner sous nos yeux. Par suite, les principes permettent au pape d'en accorder la dispense ¹; mais, en fait, elle n'est jamais accordée quand il s'agit d'un mariage à contracter ²; elle l'est parfois quand il s'agit d'un mariage déjà contracté et de la *sanatio in radice*, dont il sera parlé plus loin ³.

La théorie des dispenses n'a aucune application quant aux empêchements dirimants qui reposent sur l'absence ou sur les vices du consentement. Les empêchements que créent le *disensus*, la violence, l'*error personæ*, sont considérés comme étant de droit naturel ⁴, car le consentement est l'essence même du mariage. La *dispensatio* est donc ici impossible. Elle ne se concevrait d'ailleurs que pour la *sanatio matrimonii in radice* : car, autrement accordée, en vue d'un mariage déjà contracté (et c'est la seule hypothèse possible), elle ne pourrait opérer que moyennant un nouveau consentement des deux époux; mais ce consentement, donné dans la forme voulue, suffit, par lui seul, à valider le mariage. Reste l'*error conditionis*, pour laquelle les docteurs se demandent si c'est un empêchement de droit naturel ou de droit humain ⁵;

1. Schulte, *Handbuch des katholischen Eherechts*, p. 358.

2. Laemmer, *Institutionen*, p. 410.

3. Feije, *op. cit.*, n° 684 : « Clandestinitas pro matrimonio contrahendo nunquam dispensatur, pro contracto autem non nisi rarissime et per sanationem in radice. »

4. Voyez, quant à l'*error personæ*, la glose sur c. xxix, qu. 1, vis *Quod autem* : « Papa posset constituere quod nullus error impediret, quod esset matrimonium ubi esset error personæ, unde ex natura non habet error personæ quod impediatur... Argumentum tamen est contra in fine de Jacob et Lia, quia nondum Ecclesia constituerat, et tamen tunc impediatur; et est etiam contra quod error impedit emptionem. »

5. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. VI, disp. XIX, n° 15 à 16.

mais on ne voit pas que la dispense en ait été accordée.

Les empêchements dirimants, dont j'ai fait un troisième groupe, sont ceux qui tiennent à une relation entre les époux antérieure au mariage. Ils fournissent les cas les plus usuels de *dispensatio*.

1° C'est pour l'*impedimentum consanguinitatis* que la dispense a toujours présenté le plus d'importance pratique : cela est vrai surtout pour les temps anciens, où cet empêchement avait reçu une si grande extension. Cependant la *dispensatio* en cette matière n'est pas toujours possible : les principes l'interdisent dans certains cas ; mais, à ce point de vue, la doctrine a beaucoup varié, elle a passé successivement par plusieurs états.

Les canonistes anciens admettaient que, pour certains degrés de parenté, la prohibition de mariage reposait sur la loi divine, qu'il y avait des *gradus lege divina prohibiti* dont le pape ne pouvait accorder la dispense. C'étaient ceux désignés dans le chapitre xviii du *Lévitique* ; cela comprenait toute la parenté en ligne directe, et, en ligne collatérale, le premier degré et même le second, au moins *in linea inæquali*, puisque la *filia fratris* était visée ¹. Mais cette opinion soulevait de sérieuses difficultés. Il y avait lieu de se demander, d'abord, si les prohibitions de la loi mosaïque n'étaient pas une réglementation purement civile, qui, par suite, avait perdu toute sa force sous l'empire de la nouvelle loi. D'autre part, des textes semblaient contredire directement cette conception.

1. C. II, C. XXX, qu. 3 et la glose. — Glose sur c. xi, X, *De trans.*, I, 36, v° *Sacramentum* : « Dicas matrimonio circa gradus constitutione canonica interdictos dispensatio adhibetur ex justa causa ut simul remaneant... Circa gradus divina lege prohibitos, vel ut matrimonia legitime contracta separentur nulla dispensatio adhibetur ab Ecclesia. » — C. XIII, X (Inn. III), *De rest. spol.*, II, 13 : « Ut in gradibus consanguinitatis divina lege prohibitis restitutioni aditus præcludatur, sed constitutione interdictis humana restitutio locum habeat cum effectu, cum in illis dispensari non possit et in istis valeat dispensari. » — Et la glose, v° *Divina lege* : « In *Levitico*, c. xviii. »

C'étaient des décrétales qui visaient des mariages conclus par des infidèles entre parents au second ou au troisième degré et qui maintenaient formellement ces mariages après la conversion des époux au christianisme ¹. Il y avait là une objection très forte contre le système des *gradus divina lege prohibiti*, car, dans la théorie canonique, les règles du droit divin obligent même les infidèles ² : les règles du *Lévitique*, interprétées comme *jus divinum*, auraient rendu ces mariages irrémédiablement nuls et la *dispensatio* papale n'aurait pas pu les valider ³. L'objection fut sentie de bonne heure, et fit abandonner cette doctrine par nombre de docteurs ⁴ : c'était pourtant encore celle de Johannes Andreæ et de Panormitanus ⁵.

1. C. IV, X, *De consang.*, IV, 14; c. xv, X, *Qui filii*, IV, 17; c. VIII, § 1, X, *De divort.*, IV, 19.

2. Panormit., sur c. VIII, X, *De divort.*, IV, 19, n^{os} 1, 2 : « Lex canonica in prohibitione matrimonii non extenditur ad infideles, et idem dicendum est in aliis spiritualibus... lex divina omnes infideles comprehendit, unde matrimonium eorum contractum contra legem divinam est nullum. »

3. Covarruvias, *Opera*, I, p. 176.

4. Glose sur c. II, C. XXX, qu. 2; Innocent IV, sur c. XII, X, *De rest. spol.*, II, 13 : « Alioquin, si non est severus maritus et non objicitur consanguinitas divina lege prohibita : sic legitur secundum illos qui faciunt differentiam inter gradum divina lege prohibitum et alium. Secundum alios, qui non faciunt differentiam, expone, id est si non habeat paratas probationes. »

5. Panormit., sur c. XIII, X, *De rest. spoliat.*, II, 13, n^o 17 : « Quæro an Ecclesia possit dispensare in secundo gradu consanguinitatis. Glossa, in verbo *Præsertim*, allegat pro et contra et tandem concludit quod in secundo gradu collateralis possit Ecclesia dispensare, non autem in secundo gradu ascendentium et descendendum; quia ille prohibitus est in lege divina in *Levitico*. Joh. Andreæ dicit Ecclesiam posse dispensare in secundo gradu inter collaterales in linea tamen æquali, ut puta quod filii duorum fratrum contrahant, quia æqualiter distant a stipite; secus autem in secundo gradu in linea inæquali, et ideo patruus non potest contrahere cum nepte, et sic dicit servare Judæos. Phil(ippus) autem sentit cum glossa dicens quod in secundo gradu ascendentium et descendendum non possit Ecclesia dispensare, quasi sentiat quod in collateralibus possit. Et adverte quod hoc possit sæpe contingere in practica inter istos magros principes qui sæpe petunt dispensationem a papa ut possint ducere filiam fratris; nam secundum dic-

Cependant cette thèse tendait de plus en plus à perdre faveur. A l'ancienne distinction sur laquelle elle reposait, on en substitua une nouvelle. Il fallait seulement se demander si la prohibition de mariage entre parents était, ou non, dans tel ou tel cas, de droit naturel : si elle dérivait du droit naturel, mais alors seulement, la dispense était impossible ¹. C'est la doctrine qui a prévalu : reste à déterminer quels degrés de parenté seront considérés comme prohibés par le droit naturel ².

Tous les théologiens et canonistes sont d'accord pour reconnaître ce caractère au premier degré en ligne directe; mais, chose singulière, tous ne le reconnaissent pas aux degrés ultérieurs de la ligne directe ³; de sorte que, pour certains auteurs, la dispense serait ici possible en principe, mais

tum Johannis Andreæ papa non possit dispensare. Sed pro dicto Johannis Andreæ facit glossa, in v^{ta} *Divina lege*, quæ dicit quod de jure divino prohibetur matrimonium cum nepte et amita seu matertera, et isti sunt in secundo gradu in linea inæquali. Ego dico ponderanda verba legis divinæ, et, si prohibetur secundus gradus, non poterit Ecclesia dispensare. »

1. Covarruvias, *De matrim.*, pars II, c. vi, § 10 (*Opera*, I, p. 176) : « Primum omnium illud notandum est nullum gradum jure divino prohibitum hodie esse, qui idem naturali jure prohibitus non sit. Lex enim vetus adventu Christi expiravit... in lege autem evangelica nullum præceptum continetur, quod non sit juris naturalis, præter præcepta de sacramentis et de fide. »

2. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. VII, disp. LI et LII.

3. Panormit., sur c. xiii, X, *De restit. spoliat.*, II, 13, n^{os} 16 : « In quantum dicit quod a principio Deus prohibuit dumtaxat conjugium inter matrem et filium patrem et filiam, dic quod prohibuit cum dixit per os Adæ : Propter hoc relinquet homo patrem et matrem et adhærebit uxori suæ. Debet enim exponi : Relinquet homo patrem et matrem, id est torum patris et matris, qui non debet contrahere nec cum patre nec cum matre. Non debent illa verba intelligi ad litteram quia non tenetur quis relinquere cohabitationem patris et matris propter uxorem. » — Covarruvias, *De matr.*, pars II, c. vi, n^o 10 : « Sensit enim uterque Thomas jure naturali non prohiberi secundum gradum in linea recta ascendentium et descendantium. Idem D. Thomas probare videtur. »

jamais elle n'a été accordée ¹. Pour la parenté en ligne collatérale, beaucoup soutiennent qu'aucun degré, pas même le premier, n'est prohibé pas le droit naturel ² : mais, ici encore, la dispense du premier degré n'a jamais été accordée.

Le concile de Trente a posé en principe que la dispense du second degré doit être difficilement accordée ³, mais cette prescription n'a pas eu de sérieuse influence ⁴. Il a en même temps condamné formellement la thèse ancienne d'après laquelle la prohibition serait de droit divin pour les degrés mentionnés au *Lévitique*, et par suite la dispense impossible ⁵.

2° Bien que provenant de la participation aux sacrements, la *cognatio spiritualis* ne crée d'empêchement dirimant qu'en

1. Feije, *op. cit.*, n° 682 : « Nunquam dispensavit nec dispensabit s. apostolica in illo gradu consanguinitatis lineæ rectæ... Hæc impedimenta sive jure naturæ, sive ex voluntate s. apostolicæ indispensabiles sunt. »

2. Covarruvias, *De matr.*, pars II, c. vi, § 10 (*Opera*, I, p. 177). — En sens contraire, pour le premier degré, Sanchez, *De sacr. matr.*, l. VII, disp. LII, n° 11.

3. Décision de la Congrégation du Concile, Schulte et Richter, p. 261, n° 99 : « Denegandam vero esse dispensationem super primo consanguinitatis gradu censuit S. C. in Leodien. 14 décembre 1893 ; (nunquam enim hactenus dispensarunt pontifices super primo consanguinitatis gradu. Hujusmodi dispensationem denegavit Clemens VII inter ducem de Richemont naturalem filium et Mariam legitimam filiam Henrici VIII Anglorum regis). » — Feije, *op. cit.*, n° 682.

4. *De reform. matr.*, c. v (Schulte et Richter, p. 219) : « In contrahendis matrimoniis vel nulla omnino detur dispensatio, vel raro, idque ex causa et gratis concedatur. In secundo gradu nunquam dispensetur nisi inter magnos principes et ob publicam causam. » — Feije, *op. cit.*, n° 682 : « Quæ verba (les derniers mots du texte précédent) disjunctive nec copulative esse sumenda S. C. C. declaravit. Quanquam autem post Tridentinum minori severitate utitur s. apostolica, nihilominus in tam propinquis gradibus ægre tantum et ex gravissima causa dispensari exoptat. In remotioribus quidem gradibus sufficiunt non ita graves causæ ; imo Dataria vix solet causæ insistere pro quarto gradu. »

5. *De sacr. matr.* (Schulte et Richter), p. 215, can. 3 : « Si quis dixerit eos tantum consanguinitatis et affinitatis gradus, qui Levitico exprimuntur, posse impedire matrimonium contrahendum et dirimere contractum, nec posse Ecclesiam in nonnullis illorum dispensare... anathema sit. »

vertu de le *constitutio ecclesiastica*. Cependant la papauté a pendant longtemps éprouvé des scrupules extrêmes à en accorder la dispense ¹. Mais cette rigueur a disparu avec le temps. La dispense est facilement accordée quant à la paternité, plus difficilement pour la paternité ².

3° Pour l'empêchement que produit la *cognatio legalis*, il est évident qu'il appartient au *jus humanum* et que, par suite, la dispense en est possible. On constate cependant qu'elle est rarement accordée ³; cela vient surtout de ce que la *cognatio legalis*, comme je l'ai fait observer plus haut, se présente rarement dans la pratique avec les caractères voulus pour créer l'empêchement.

4° Au point de vue de la dispense, l'*impedimentum affinitatis* fut successivement placé sous l'empire des mêmes doctrines que l'empêchement de consanguinité. Ici encore, on tint d'abord que la prohibition reposait sur la *lex divina*, non seulement en ligne directe ⁴, mais aussi en ligne collatérale s'il s'agissait du mariage entre le beau-frère et la belle-sœur ⁵. Puis, abandonnant ce point de vue, on se demanda dans quels cas elle reposait sur le droit naturel. Mais alors il devenait difficile de soutenir que le mariage avec la belle-sœur était défendu *jure naturali*, car le droit contenu dans la Bible montrait des exemples anciens de semblables unions (Jacob épousant successivement Lia et Rachel), et dans une hypo-

1. Panormit., sur c. xvi, X, *De purg. can.*, V, 34 : « Magis enim abstinendum est a cognatione spirituali quam carnali, quia cum agnatio spiritualis procedat ex venerabiliore parte, est magis veneratione digna. Unde Ecclesia Romana nunquam legitur dispensasse circa cognationem spiritualem, et tamen quotidie dispensatur in cognatione carnali circa matrimonium contrahendum. »

2. Feije, *op. cit.*, n° 683.

3. Feije, *op. cit.*, n° 683 : « Raro super ea dispensatio conceditur... quia in linea recta papa difficillime et nonnisi ex gravi causa dispensat; in transversali vero raro recurritur ad pontificem, cum alias per emancipationem dissolvatur. »

4. *Levitique*, c. xviii.

5. *Levitique*, c. xviii, v. 16, 18; c. xx, v. 21.

thèse, en cas de *lévirat*, ce mariage devenait une obligation d'après la loi juive ¹. La dispense en ce cas devenait donc possible, et l'on interpréta dans ce sens une décrétale du pape Urbain III (1185-1187) adressée aux Linoviens nouvellement convertis; elle permettait à ceux qui avaient épousé leurs belles-sœurs de rester unis à ces épouses après leur conversion ². Restait la question de savoir si la prohibition du mariage entre alliés en ligne directe dérivait du droit naturel; mais elle se compliquait d'une autre difficulté. En admettant que cette prohibition procédât *ex jure naturali*, devait-on lui reconnaître le même caractère et le même effet lorsqu'elle était produite par l'*affinitas ex copula illicita*, dont la construction facile ne pouvait être dissimulée? En définitive, voici dans quel sens s'est fixée la doctrine, qui peut se résumer en trois propositions.

Jamais l'*affinitas ex copula illicita* n'est considérée comme produisant un empêchement de droit naturel : la dispense en est donc toujours possible, même en ligne directe ³. Elle est accordée en fait, mais pour des motifs très graves et avec des précautions particulières ⁴.

1. *Deutéronome*, c. xxv.

2. Le pape, il est vrai, semble restreindre cela au cas du lévirat admis par la loi juive, c. ix, X, *De divort.*, IX, 19 : « Propter infirmitatem gentis ejusdem concedimus ut matrimoniis contractis cum relictis fratrum utantur : si tamen, fratribus decedentibus sine prole, ut semen defuncti juxta legem Mosaicam suscitarent, cum talibus contraxerunt. » — Dans ce texte, il était difficile de voir une dispense proprement dite; car si l'empêchement était *dispensabile*, c'est qu'il n'était pas de droit naturel ou divin : mais, alors, le mariage valablement contracté *in infidelitate* restait valable après la conversion. — Voyez le commentaire de Gonzalez Tellez sur ce chapitre. On en tira pourtant la reconnaissance de la *dispensatio*; Panormitanus, ad h. l. : « Vel summa aliter, sic : Non licet relictam fratris in uxorem accipere, et de facto ducta separanda est, nisi Ecclesia aliter dispenset. »

3. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. VII, disp. LXVI, n° 3.

4. Feije, *op. cit.*, n° 682, p. 651 : « In ea dispensatur ex gravi causa, interdum etiam, sed non sine difficultate et causa, præsertim casu publico, gravissima, in gradu primo lineæ rectæ. In isto autem casu peculiares appo-

Quand l'*affinitas* provient d'un mariage et d'une *copula licita*, la dispense n'en est jamais accordée pour le premier degré en ligne directe : selon les uns, parce que l'empêchement est alors de droit naturel ; selon les autres, parce que le pouvoir pontifical l'a ainsi établi ¹.

La dispense de l'affinité en ligne collatérale est accordée même pour le premier degré ².

5° L'*impedimentum publicæ honestatis* a manifestement été établi par la *constitutio ecclesiastica* : la dispense en est donc toujours possible ; elle est même facilement accordée lorsque l'empêchement dérive de simples *sponsalia de futuro* ³.

6° Le *crimen* n'est pas non plus un empêchement de droit naturel ; la dispense, en principe, peut s'appliquer aux deux cas où l'adultère qualifié annule le mariage. Cependant les canonistes contemporains attestent qu'elle n'a jamais été accordée lorsqu'il s'agit d'un époux qui a machiné la mort de son conjoint ; elle l'est, au contraire, lorsque l'adultère a été accompagné d'une promesse de mariage ⁴.

nuntur cautelæ, nempe ut, si affinitas proveniat ex copula habita cum matre sponsæ, omnino debeat hujus nativitas præfatam copulam præcessisse. »

1. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. VII, disp. LXVI, n° 7 ; Feije, *op. cit.*, n° 682, p. 649 : « Testantur etiam auctores S. Pœnitentiarum ne in aliis quidem gradibus legitimæ affinitatis lineæ rectæ dispensare. » [Jean XXII a donné une dispense du premier degré d'affinité. A. Boudinhon, *Une dispense d'affinité au premier degré en ligne directe, Le Canoniste contemporain*, 1912.]

2. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. VII, disp. LXVI, n° 11 : « Alexander VI dispensavit in eodem gradu cum rege Lusitanie, et Julius II cum Henrico VIII et Catharina regibus Angliæ. Et postea Clemens VII, consultis totius orbis illustribus universitatibus et maturissimo consilio habito, decrevit auctoritate pontificia fuisse legitimam dispensationem. » — Cf. décision de la Congrégation du Concile, dans Schulte et Richter, p. 265, n° 103.

3. Décision de la Congrégation du Concile, dans Schulte et Richter, p. 264, n° 104 ; Feije, *op. cit.*, n° 683, p. 652.

4. Feije, *op. cit.*, n° 684, p. 653 : « In impedimento criminis, utroque vel alterutro machinante, nunquam dispensatur quando machinatio publica est... Neutro machinante, dispensatio etiam pro foro externo ex gravi

La dispense des empêchements prohibitifs, lorsqu'elle se conçoit ¹, ne paraît pas avoir jamais fait difficulté, sauf en un point, le seul que je me propose d'examiner ici ². Il s'agit des fiançailles et de l'empêchement qu'elles créent au mariage que l'un des fiancés veut contracter avec une tierce personne : le pape peut-il accorder la dispense de cet empêchement ³? Dans un passage plus haut cité ⁴, Hostiensis repousse ici la *dispensatio*, comme il la repousse pour le vœu de religion, tant que le mariage n'a pas été conclu. Mais cette solution ne pouvait se maintenir devant la doctrine, devenue incontestée, d'après laquelle le pape peut dispenser du mariage conclu, mais non consommé, qui représente un lien plus fort que celui créé par les fiançailles. Aussi, en principe, la dispense a-t-elle été reconnue ⁵; mais il subsiste une répugnance

causa conceditur, præsertim contracto jam matrimonio, maxime vero ad evitanda scandala. »

1. La dispense ne se conçoit pas quand il s'agit de l'*interdictum Ecclesiæ*; celui-ci peut être levé par l'autorité compétente, mais ce n'est pas là une *dispensatio*.

2. J'ai parlé plus haut de la dispense de l'*impedimentum mixtæ religionis*, t. II, p. 256; la dispense du *votum simplex* rentre dans la théorie générale du vœu. Pour le *tempus feriarum*, ce qui est seulement interdit, ce sont les *solemnitas et convivia* et aussi la *carnalis copula* (décision de la Congrégation du Concile, dans Schulte et Richter, p. 270, n° 114) : sûrement ici la dispense est possible. Enfin, quant au *catechismus*, une interprétation favorable du décret du concile de Trente sur la *cognatio spiritualis* admet qu'il n'y a plus d'empêchement de ce chef; Cabassut, *Theoria et praxis*, p. 349 : « Censent aliqui ut Sanchez et Diana hanc cessasse cognationem et impedimentum, quia concilium Tridentinum dicit... omnibus inter alias personas hujus cognationis spiritualis sublatis omnino impedimentis... Sacræ Congreg. Cardinalium decretum refert Diana quo declaratum fuit istam quoque ex catechismo cognationem cessasse per Tridentinum illud decretum. »

3. Dans la doctrine moderne, il est certain que l'évêque n'aurait pas ce pouvoir. Feije, *op. cit.*, n° 557, p. 432.

4. Ci-dessus, t. II, p. 271, note 1.

5. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. I, disp. LXI, n° 2 (an dissolvantur sponsalia... propter pontificis vel episcopi dispensationem) : « De dispensatione autem ultimum possit pontifex, non est dubium posse pontificem dispensare

incontestable à en user ¹, et, en ce sens, les fiançailles, qui se sont tant affaiblies dans la législation séculière, semblent avoir gardé leur force traditionnelle en droit canonique. Mais ce n'est là qu'une apparence, car, en même temps, la jurisprudence de la Congrégation du Concile tend à procurer leur facile dissolution. Alors que dans le droit ancien les *sponsalia* ne pouvaient se dissoudre que pour un certain nombre de causes déterminées ², cette jurisprudence reconnaît au juge ordinaire le droit d'en prononcer la dissolution toutes les fois qu'il y aura un motif sérieux et suffisant : la détermination de ce point est laissée à la sagesse et à l'arbitraire du juge ³. Une tendance en ce sens s'était d'ailleurs dégagée dans la doctrine depuis le *xv*^e siècle ⁴.

On voit quelle immense portée a reçu la théorie des dispenses matrimoniales. Sans doute, nombre de ses applications

ex justa causa, siquidem in matrimonio rato probabilissima sententia id concedit. »

1. Feije, *op. cit.*, n° 649, p. 604 : « In vinculo sponsalium sedes apost. non dispensat nisi pro foro conscientiae et quando sponsalia sunt occulta ac justa causa adest ejusmodi quæ in foro externo foret ratio dissolutionis sponsalium. »

2. Ci-dessus, t. I, p. 182 et s.

3. Lingen et Reuss, *Causæ selectæ in S. Congregatione Cardinalium Concilii Tridentini interpretum propositæ per summaria precum ab anno 1823 ad annum 1860*, n° 518 (p. 886), *Pistorien.* : « Justa concurrente causa sponsalia impune dissolvi posse, post textum expressum in c. *Ex litteris*, *De spons.* [nisi rationabilis causa obstiterit]... Neminem autem latet prudenti permitti judicis arbitrio videre ac decernere an causæ rationabiles sint ac legitimæ ob quas a sponsalibus recedi possit... ac ideo res pendet a singulorum casuum particularibus circumstantiis. » — N° 517 (p. 881), *Nullius Furentilli*, 29 mai 1852 : « Ast de sponsalibus cautum nedom ea mutuo dissolvi posse consensu, sed etiam altero reluctantæ, si nimirum justa intervenerit causa, c. *Quemadmodum*, *de jurej.* Imo si non intercesserit juramentum, etiam ex levi et levissima causa ab iis resilire permittitur, uti cum communi doctorum sententia docet S. Congregazione in *Calaritana sponsalium*, 8 mai 1824, § *Itaque.* »

4. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. I, disp. XIV : « Utrum dissolvantur sponsalia, si ex matrimonio scandala probabiliter et mali exitus timeantur. »

possibles restent à l'état de pure théorie; on n'en est pas moins fondé à dire qu'elle constitue, à côté de la législation de principes, toute une législation parallèle, contingente et équitable ¹. Si la *dispensatio*, en matière de mariage, paraît avoir eu d'abord un caractère purement arbitraire et gracieux, elle s'est, dans la suite du temps, disciplinée et consolidée, de manière à présenter un système régulier. C'est le même phénomène qui s'était produit jadis pour la *restitutio in integrum* des Préteurs romains, avec laquelle la *dispensatio* canonique présente des ressemblances certaines. Cela s'est fait par la détermination exacte de la procédure à suivre pour obtenir les dispenses et des causes pour lesquelles elles sont régulièrement accordées. Ces règles ont par là même une très grande importance, mais leurs détails n'intéressent que la pratique, et je renvoie sur ce point aux traités spéciaux ².

V

La dispense des empêchements dirimants peut intervenir dans deux situations distinctes.

Elle peut d'abord être accordée avant que le mariage ait été contracté; c'est la marche normale, et elle permettra alors à celui qui l'a obtenue de contracter valablement. Mais elle peut aussi intervenir après coup, lorsque le mariage a été contracté en fait, quoique nul en droit. Cependant le concile de Trente n'admet cette seconde application de la *dispensatio* qu'à une double condition : il faut pour cela que le mariage ait été contracté de bonne foi, et qu'il ait été précédé de la publication des bans ³. Mais cette disposition est entendue comme

1. Ci-dessus, t. I, p. 96.

2. Feije, *op. cit.*, c. XXI à XXXVI.

3. *De reform. matr.*, c. v, dans Schulte et Richter, p. 219 : « Si quis inter gradus prohibitos scienter matrimonium contrahere præsumat, separetur et spe dispensationis consequendæ careat; idque in eo multo magis locum habeat, qui non tantum matrimonium contrahere sed etiam consummare

contenant un simple conseil et non une règle ferme¹.

Lorsque la dispense intervient ainsi après coup, a-t-elle pour effet de valider à elle seule le mariage nul? En aucune façon. Elle permet seulement de contracter à nouveau, et cette fois valablement, le mariage qu'annulait l'empêchement dirimant, objet de la dispense; mais, pour cela, il faut un nouveau consentement des époux, donné *coram paracho et testibus*, depuis le concile de Trente². Reste à voir seulement si ce mariage subséquent ne légitime pas les enfants nés précédemment du mariage nul. Dans la théorie ancienne il y avait au moins des doutes graves sur ce point, et même l'opinion dominante repoussait la légitimation³; les modernes semblent l'admettre sans difficulté, ce qui vient peut-être de ce que, avec la sécularisation du mariage, elle ne saurait produire d'effets civils⁴.

Cela est vrai des dispenses ordinaires. Mais le pouvoir

ausus fuerit. Quod si ignoranter hoc fecerit, siquidem solemnitates requisitas in contrahendo matrimonio neglexerit, eisdem subjiciatur pœnis; non enim dignus est qui Ecclesiæ benignitatem facile experiatur, cujus salubria præcepta contempsit. Si vero solemnitatibus adhibitis impedimentum aliquod postea subesse cognoscatur, cujus ille probabilem ignorantiam habuit, tunc facilius cum eo et gratis dispensari poterit. »

1. Feije, *op. cit.*, n° 678, p. 642 : « Hodie tamen facilius quam olim impetratur (dispensatio), spectatis temporum circumstantiis, præsertim prole jam nata et civiliter contracto matrimonio. »

2. Feije, *op. cit.*, n° 762, p. 782 : « Tunc enim absque dubio novus utriusque consensus requiritur. »

3. Ci-dessus, t. II, p. 44.

4. Perrone, *De matr. christ.*, t. II, p. 162 : « Etenim dispensatio post nuptias, quamvis dici possit quædam ratihabitio, atque etiam sanatio, nihil aliud est quam simplex dispensatio quæ *directe* ad præsens tempus refertur. Nimirum matrimonia, quæ cum aliquo impedimento sunt contracta deberent dissolvi, ut sæpe fit, etiam conjugibus maxime invitis; at quandoque indulgetur, ut conjuges in matrimonio permaneant, seu *post factum* datur dispensatio, atque in hoc casu solum primo matrimonium incipit esse legitimum, et proles legitima fit, non quidem ac si legitima ab initio fuisset, sed fit legitima quodammodo per subsequens matrimonium post jam datam dispensationem. »

pontifical peut écarter la nécessité, même l'utilité et la possibilité d'un consentement nouveau, en accompagnant la dispense d'une sorte de validation rétroactive appliquée au mariage nul; c'est ce qu'on appelle la *sanatio matrimonii in radice*. C'est une institution définitivement admise dans le droit canonique moderne; les docteurs se demandent seulement comment il faut l'analyser au juste quant à sa nature et à ses effets, et l'on verra plus loin que diverses conceptions sont produites sur ce point. Les modernes veulent en même temps donner à cette institution une origine ancienne, et la représentent comme une conséquence naturelle du pouvoir pontifical, dans lequel, virtuellement, elle aurait toujours été comprise¹. En réalité, cette théorie s'est formée lentement et progressivement; elle a d'abord fourni simplement un expédient pour écarter certains scrupules quant à la légitimation des enfants naturels par le pape; puis elle a pris la valeur d'un principe et a produit des effets multiples.

1. Perrone, *op. cit.*, t. II, p. 163, en trouve le premier germe dans un canon du troisième concile d'Orléans : « Ejus rei vestigia jam deprehendimus in concilio Aurelianensi III, quod celebratum est an. 538, in quo, ut vidimus, statutum fuerat ut fideles qui ex ignorantia canonum cum impedimento affinitatis, etiam in primo gradu in linea recta, irritum ac nullum inierant conjugium, in eo perseverare possent, atque ideo conjugium ut validum haberetur. Quid porro hoc aliud est quam sanare conjugium in radice? » Ce texte vise seulement l'exercice de la juridiction disciplinaire de l'Église sur le mariage des fidèles et met en scène, non le pape, mais les évêques. Selon Perrone, t. II, p. 162, Boniface VIII aurait le premier accordé une dispense expresse *in radice matrimonii*. Il s'agirait du mariage du roi de Castille Sanche IV, et Perrone rapporte ce fait, dont je n'ai pu vérifier les détails, d'après Mariana, *Historia Hispan*, lib. IX, c. xix. [Dès le XII^e siècle on peut constater que des dispenses sont accordées à des conjoints ayant contracté sciemment (sinon il y aurait mariage putatif) un mariage nul pour cause d'empêchement de parenté ou d'alliance; et ces dispenses sont expressément accordées dans l'intérêt des enfants déjà nés, donc avec effet rétroactif, car ces enfants, incestueux par définition, ne seraient pas légitimés par le mariage subséquent de leurs parents. Sur ce développement, voyez Génestal, *La légitimation des enfants naturels en droit canonique*, p. 215 et s.]

Elle est née de l'interprétation d'un texte célèbre, le c. *Per venerabilem*, aux Décrétales de Grégoire IX ¹. Dans cette intéressante décrétale d'Innocent III, était abordée une question délicate : Le pape pouvait-il légitimer par rescrit les enfants naturels, dans les pays sur lesquels il n'exerçait pas la souveraineté temporelle, c'est-à-dire *in terris imperii*, pour parler le langage des légistes et des canonistes anciens ? La difficulté était que, la légitimation produisant des effets civils, il y avait là un empiétement du pouvoir spirituel sur le pouvoir temporel, et le c. *Per venerabilem* reconnaissait justement la séparation des deux puissances. Aussi, bien que ce texte fût favorable à la légitimation papale, la légitimité de celle-ci était contestée, et, sur ce point, il s'était produit, jusqu'au xv^e siècle, cinq opinions distinctes que rapporte Panormitanus ², et dont les trois premières étaient déjà visées par la glose de Bernard de Parme.

D'après la première, qui était celle de Johannes Teutonicus, le pape pouvait partout légitimer directement les enfants naturels, en restreignant la légitimation aux effets spirituels, car alors il ne sortait pas de son domaine propre. Mais, néanmoins, cette légitimation produisait effet quant aux intérêts temporels, parce que le spirituel, étant d'un ordre plus élevé, entraîne avec lui le temporel ³.

D'autres docteurs, parmi lesquels Laurentius, Vincentius et Tancredus, parlaient du même principe, mais en restreignaient la portée. Ils admettaient que le pape ne pouvait légitimer que *quoad spiritualia*, et que la légitimation ainsi accordée ne produisait pas les effets civils proprement dits, qu'elle

1. C. XIII, X, *Qui filii sint leg.*, IV, 17.

2. Sur c. XIII, X, *Qui filii*, n^o 22 et s.

3. Glose sur c. XIII, X, *Qui filii*, v^{is} *Habeat potestatem* : « Al hoc dixit Joannes quod dominus papa non habet potestatem legitimandi in temporalibus; sed, eo ipso quod legitimat aliquem quoad spiritualia, per consequens legitimat eum quoad temporalia quæ sunt minus digna, et sic legitimat per consequentiam sed non directe : sæpe enim permittitur aliquid indirecte quod non permittitur directe. »

n'avait aucune influence quant aux successions. Mais ils voulaient cependant qu'elle produisît effet quant au droit public, et que l'enfant naturel légitimé par rescrit du pape pût prétendre aux honneurs et dignités dont l'accès était interdit aux enfants illégitimes ¹.

Mais ces deux opinions étaient insoutenables l'une et l'autre : la première était exorbitante et violait les droits du pouvoir temporel, en affectant de les respecter; la seconde était illogique, elle s'arrêtait à mi-chemin, sans rendre un compte exact des distinctions qu'elle admettait. Aussi, Bernard de Parme montrait-il qu'il fallait revenir à l'exacte application des principes et restreindre la légitimation papale aux seuls effets spirituels ². Cependant les canonistes ne renoncèrent pas à justifier ce droit d'accorder la pleine légitimation que la décrétale d'Innocent III avait affirmé au profit de la papauté : ils se mirent à chercher une autre explication.

1. Glose sur c. xiii, X, *Qui filii*, v^{is} *Habeat potestatem* : « Tamen quidam extendunt legitimationem ad honores sæculares unde per hoc intelligitur legitimatus ut possit esse iudex et habere hujusmodi honores temporales quos alias habere non posset. Et in hac sententia fuerunt Laurentius, Vincentius et Tancredus. » — Panormit., *loc. cit.* : « Tertia opinio ponitur in glossa quod, quando quis legitimatur quoad spiritualia, censetur legitimatus quoad alios honores sæculares inhærentes personæ, puta ut possit esse iudex vel delegatus et habere dignitates illegitimis interdictas, non autem quoad hæreditatem, et ratio diversitatis esse potest secundum Hostiensem quia primo casu non tractatur de præjudicio alterius, sed secundo sic quia auferatur hæreditas venientibus ab intestato. »

2. Glose sur c. xiii, X, *Qui filii*, v^{is} *Habeat potestatem* : « Propter hoc tamen quod legitimat aliquem in spiritualibus non probatur quod habeat jurisdictionem in temporalibus. Legitimare enim pertinet ad voluntariam jurisdictionem; item quia papam nihil spectat de temporalibus; et sic videtur quod papa quoad temporalia legitimare non possit ubi non habet jurisdictionem temporalem... Sed contrarium credo scilicet, quod dominus papa non potest legitimare aliquem quantum ad hoc ut succedat in hæreditate, tanquam legitimus hæres, qui non sit, dico, de sua jurisdictione temporali. Sic enim esset mittere falcem in messem alienam, et usurpare alienam jurisdictionem, quod esse non debet, et privare aliquem jure succedendi, unde credo quod non possit legitimare nisi quoad actus spirituales. »

Hostiensis trouva une idée fort ingénieuse, et qui, retouchée par un autre, devait fournir la solution. Remontant à la source de la légitimité, il montra que celle-ci était le produit du mariage légitime et que le mariage, régi par le droit canonique, se trouvait légitime, ou non, suivant que l'Église en disposait. Le pape, législateur de l'Église, pouvait, en établissant un empêchement dirimant, rendre illégitimes les enfants issus du commerce de deux personnes : ne pouvait-il pas, à plus forte raison, rendre la légitimité à ceux qu'une loi de l'Église en avait privés ? Il ne faisait, en agissant ainsi, que statuer sur les conditions et les effets du mariage, ce qui rentrait dans son pouvoir. Hostiensis ajoutait que les docteurs reconnaissaient compétence à l'Église pour connaître des questions de légitimité ; c'est donc qu'elle pourrait aussi légiférer sur ce point ¹. Enfin, il limitait sa doctrine ; le pape ne pouvait légitimer que les enfants nés d'un mariage nul à raison d'un empêchement dont il pouvait accorder la dispense : à cette condition, il ne sortait pas de la matière du mariage,

1. *Summa*, p. 383 r^o : « Salva reverentia aliorum, mihi videtur dominum papam habere potestatem legitimandi quoad spiritualia et temporalia et ipsum solum. Cum enim causa matrimonialis spiritualiter pertineat ad Ecclesiam, adeo quod sæcularis judex de ipsa cognoscere non possit, etiam si inciderit, nec de legitima filiatione, multo fortius dispensatio... Dicas tamen quod imperator legitimat, id est tanquam legitimum etiam spurium ad hæreditatem suam admittere potest, et etiam in hoc potest cum filio suo proprio, non tanquam filio, sed tanquam subdito dispensare. Sed papa vere legitimat et illegitimat. Cum enim secundum leges filii duorum fratrum rite contrahant et etiam secundum legem divinam quam Judæi servant, de fidelibus papa hujusmodi matrimonium illegitimum fecit, et sic filii suscepti ex tali matrimonio hodie secundum canonem ab hæreditate repelluntur. Multæ enim personæ prohibentur lege canonum contrahere quæ lege divina non prohibentur. Si vero illegitimos facit, quanto magis poterit legitimare. Nam et secundum legem filii suscepti ex matrimonio contracto inter senatorem et libertam illegitimi sunt ; item inter pupillam et tutorem vel libertum suum ; item inter ju licem et subjectam cum qua contrahit tempore regiminis ; et multa alia exempla poni possint, quæ omnia per jus canonicum sunt hodie exsufflata. »

son domaine propre ¹. Ce raisonnement était habile ; il avait pourtant son point faible que l'on découvrit bientôt. En conférant par un rescrit, principalement et directement, la légitimité aux enfants naturels, le pape statuait, non sur le mariage lui-même, mais sur un effet du mariage, isolé pour ainsi dire de sa cause et seulement envisagé au point de vue des intérêts temporels : c'était en réalité de ces derniers qu'il disposait ². Pour éviter ce reproche, un autre docteur Johannes Andreæ, sentit qu'il fallait faire remonter la volonté papale jusqu'à la racine même de la filiation, c'est-à-dire jusqu'au mariage. Si l'on admettait que le pape, en accordant la dispense d'un empêchement dirimant, pouvait anéantir et effacer tous les effets que l'empêchement avait produits dans le passé quant à la filiation des enfants, on lui donnait le moyen indirect, mais sûr, de légitimer les enfants nés de ce mariage. Alors, en effet, ce serait sur le mariage qu'il statuerait directement et principalement, et la légitimation, ou plutôt la légitimité des enfants, ne serait qu'une conséquence. Cela ne parut point impossible à Johannes Andreæ, car on trouvait des textes dans lesquels des papes avaient abrogé une loi avec pleine rétroactivité, anéantissant tous les effets qu'elle avait pu produire ³ : or, la *dispensatio*

1. *Summa*, p. 383 v° : « Sed hoc intelligas de filiis susceptis ex matrimonio in quo dispensare potest, scilicet quando impedimentum a jure canonico introductum est... Nunquam ergo cum adulterino filio dispensare poterit, vel cum illo qui susceptus est ex matrimonio in primo vel secundo gradu descendenti contracto, quia nec in principali posset. »

2. Panormit., sur c. xiii, X, *Qui filii*, n° 22 : « Hæc opinio videtur colorata, sed nullam bonum habet fundamentum : quia illegitimando disponit super matrimonio quod spectat ad jurisdictionem suam, sed legitimare principaliter non incipiendo a radice matrimonii est disponere de temporalibus principaliter, quorum exercitium non pertinet ad eum in terris imperii. »

3. Clement., un., *De immun. Eccles.*, III, 17 : « Nos de consilio fratrum nostrorum constitutionem et declarationem seu declarationes prædictas, et quicquid ex eis secutum est vel ob eas, penitus revocamus et eas haberi volumus pro infectis. » — Et la glose de Johannes Andreæ sur ce texte, v° *Pro infectis* : « Per hoc puto quod excommunicatus ex viribus illius con-

ressemblait beaucoup, nous le savons, à une abrogation qui ne produirait d'effet que par rapport à un individu et à un acte déterminés. Johannes Andreæ se trouve ainsi avoir été le véritable inventeur de la *dispensatio in radice matrimonii* ¹. Sa théorie, adoptée par Panormitanus ², fit fortune; et l'on peut dire qu'il a trouvé le nom en même temps que la chose ³. Il n'y avait cependant encore là qu'une annulation rétroactive de l'illégitimité, ainsi que cela résultait clairement d'une autre distinction faite par le même docteur entre la dispense des empêchements de droit ecclésiastique et celle des empêchements de droit divin, qu'il admettait dans une certaine mesure ⁴. L'application de ce mode spécial de

stitutionis absolute non egeat. Et vide quanta est papalis potestas circa ea quæ simpliciter sunt de jure positivo; quia revocat illa ut ex tunc; et facit ad ea quæ scripsi, *Qui filii sint legitimi, Per venerabilem*, glos. 2. »

1. Panormit., sur c. xiii, X, *Qui filii*, n° 22 : « Quintam ponit opinionem Johannes Andreæ et satis notabilem. Dicit enim quod : Aut vult papa legitimare prolem susceptam ex coitu non matrimoniali saltem consensu et affectione, et non potest, quia ex quo inter parentes non fuit matrimonium saltem de facto non potest papa inducere matrimonium supplendo consensum, nec disponere in matrimonio; non posset legitimare, quia esset directe disponere super temporalibus... Aut proles fuit suscepta de coitu matrimoniali, licet matrimonium de jure non tenuerit, et tunc aut matrimonium non tenuit, impediens lege divina, et non posset legitimare quia non posset disponere in illo matrimonio contra legem divinam; — aut non tenuit, impediens lege canonica, et tunc aut papa utitur verbo legitimationis, legitimando scilicet matrimonium et prolem, et efficitur proles legitima quoad utrumque forum, quia papa potest tollere impedimentum inductum per canonem, et sic remansit matrimonium validum; aut utitur verbo dispensationis, et tunc quia dispensatio est stricti juris, refertur solum ad ea in quibus fuit expresse dispensatum. »

2. Panormit., sur c. xiii, X, *Qui filii*, n° 23 : « Moveor per textum juncta glossa in fine, in Clem. 1, *De imm. Eccles.*, ubi dicitur quod tanta est papæ potestas circa jus positivum ut possit tollere constitutiones etiam quoad effectus præteritos, adeo ut excommunicatus vigore illius constitutionis non indigeat absolute, quod est valde notandum. »

3. Panormit., sur c. xiii, X, *Qui filii*, n° 23 : « Nam solum Jo(annes) An(dreæ) permittit quando papa legitimat *incipiendo a radice matrimonii*. »

4. Panormit., sur c. xiii, X, *De rest. spol.*, II, 13, n° 17 : « Adde tamen

légitimation était d'ailleurs nettement déterminée par le principe dont on l'avait tirée. Il ne pouvait s'appliquer aux enfants nés hors du mariage, *ex soluto et soluta*; car, le mariage étant ici le seul objet sur lequel le pouvoir pontifical eût directement prise, pour qu'il pût atteindre les enfants, il fallait trouver un mariage existant dans la forme, quoique nul au fond, par le *consensus* des époux de fait. Lorsque le mariage nul avait été contracté de bonne foi par l'un des époux, la *dispensatio in radice* n'avait pas d'objet, car les enfants étaient légitimes de plein droit. Enfin, s'il s'agissait d'enfants adultérins, nés d'un bigame, elle était impuissante, car le *ligamen*, qui rendait ici le second mariage nul, était un empêchement de droit divin. Elle s'appliquait aux enfants incestueux, comme à tous ceux nés d'un mariage dont la nullité avait pour cause un empêchement de pur droit humain.

Telle fut d'abord l'institution. Elle n'avait pour but que la légitimation des enfants. En accordant la *dispensatio in radice*, on tenait que le pape ne faisait pas et ne pouvait pas faire que le mariage n'eût été nul dans le passé; il effaçait seulement les effets que cette nullité avait produits quant à l'état des enfants. Ce dernier résultat était possible, parce que la filiation légitime est une création de la loi humaine, sur laquelle le législateur peut opérer à son gré; mais le mariage, au contraire, était un sacrement, et rien ne pouvait faire qu'il eût existé à un moment où, en réalité, il ne s'était pas formé. On tirait de là une conséquence logique : malgré la *dispensatio in radice*, le mariage, quant aux époux, ne

hic unum notabile dictum Jo. Andreæ positum in extraneo loco (c. *Per venerabilem*) ubi dicit papam ex causa dispensare posse etiam in gradibus divina lege prohibitis, allegando istum textum. Et unam differentiam facit inter istos gradus et illos humana lege prohibitos. Dicit enim quod in illis potest dispensare circa matrimonium jam de facto contractum, ut valeat ex tunc. In illis vero non dispensat nisi ut valeat ut ex nunc, quasi non possit facere ut illi qui sunt nati contra legem divinam censeantur legitimi ex tunc. Cogita bene et semper tene menti. »

pouvait prendre existence que dans l'avenir, à partir du moment où la dispense avait fait disparaître l'empêchement, et encore fallait-il pour cela un nouveau consentement des époux. C'est la doctrine qu'enseignait encore très nettement Gonzalez Tellez ¹. Il se demandait également si la *dispensatio in radice* pouvait intervenir après la mort de l'un des époux ². Il adoptait pourtant l'affirmative parce qu'il ne s'agissait que de la légitimation des enfants, qui pouvait très bien intervenir après la mort des parents; l'annulation de l'illégitimité dans le passé se concevait tout aussi bien alors que du vivant des deux époux ³.

Dans les temps modernes, cette doctrine a été profondément modifiée, et la *sanatio in radice* est devenue véritablement une institution nouvelle ⁴. Elle ne sert pas seulement à

1. Sur c. xiii, X, *Qui filii*, n° 22 : « Non dicimus (ut pro contraria opinione ponderatur) pontificem posse efficere quod matrimonium fuerit a principio validum vel quod nunc incipiat valere absque novo consensu. Hæc enim omnia planum est pontificiæ non subesse potestati. Sed solum dicimus posse pontificem dispensare prout ex tunc in ipsa irriti matrimonii radice, delere et revocare omnia damna ex quocumque jure humano incursa, et prolem restituere in illum statum, quem haberet, si orta fuisset ex matrimonio valido; nam dispensando in lege ecclesiastica prout ex tunc, et in hoc sensu illum revocando, cui tanquam fundamento illegitimitas et alia damna nitebantur, procul dubio corruunt. » — Cf. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. VIII, disp. VII, n° 4.

2. Sur c. xiii, X, *Qui filii*, n° 23 : « Dubium movet, nam cum parentes non possent de novo contrahere valide, videtur non posse dari retrotractionem, et per consequens dispensationem in radice. »

3. Gonzalez Tellez, *loc. cit.*, n° 23 : « Ratio ex eo provenit, nam hæc dispensatio in radice non fundatur in ablatione impedimenti dirimentis, ut postea valide contrahatur matrimonium, sed solum nititur in revocatione legis ecclesiasticæ propter quam prius matrimonium irritum fuerat; quo casu, cum facta fuerit dispensatio, facta censetur prout ex tunc, quando matrimonium contractum fuerit, ita ut omnes effectus inde producti aboleantur. »

4. [Sur la *sanatio in radice*, J. de Barbieri, *De sanatione matrimonii in radice*, *Nouvelle Revue théologique*, t. XXXVII, 1903, p. 242-89. Décrets du S. Office du 20 février 1888 et du 22 août 1906 (*Canoniste contemporain*, t. XXX, 1907, p. 96 et s.).]

assurer la *plenissima legitimatio* des enfants¹, qui, en réalité, est passée au second plan; elle valide principalement et surtout le mariage lui-même au regard des époux; elle lui donne rétroactivement force et valeur, sans qu'il soit besoin d'un nouveau consentement de leur part, sans que l'ignorance ou la résistance de l'un d'eux puisse empêcher la *dispensatio in radice*, obtenue par l'autre, de produire cet effet². Ce plein pouvoir de la papauté sur les mariages nuls s'est trouvé répondre parfois à des besoins pratiques, dans des circonstances extraordinaires où l'on jugeait nécessaire de valider une union, et où cependant il était impossible d'obtenir un nouveau consentement des époux. Mais, pour donner à l'institution cette portée nouvelle, il a fallu la rattacher à un nouveau principe. Pour cela, instinctivement peut-être, les docteurs modernes ont remonté en quelque sorte le cours des temps; ils ont repris le principe originaire et essentiel du droit canonique : c'est le consentement des époux qui fait le mariage; et voici comment ils ont raisonné. Lorsque le mariage n'est pas annulé par un empêchement de droit naturel ou de droit divin, le consentement donné par les époux, quand ils ont contracté, aurait produit tous ses effets conformément au droit naturel et créé un mariage valable et indissoluble, s'il n'avait pas rencontré devant lui la loi ecclésiastique, qui, en créant un empêchement, lui a enlevé sa force et sa vertu. Mais le législateur ecclésiastique peut abroger cette loi dans l'espèce, l'abroger rétroactivement, en effaçant tous les effets qu'elle a produits dans l'intervalle; lorsque cela a lieu, le consentement se trouve avoir pleinement opéré au jour même du mariage, car l'obstacle qui pouvait le rendre impuissant se trouve écarté comme s'il n'avait jamais existé, et le con-

1. Perrone, *op. cit.*, t. II, p. 162.

2. Feije, *op. cit.*, n° 765, p. 787 : « Antiquiores auctores de ea vix aliter scribunt quam ut de plenissima prolis legitimatione : recentiores vero potissimum, ut de medio occurratur incommodis ex necessitate renovandi consensum orituris, præsertim a parte nullitatis ignara. »

sensus a repris sa force et son élasticité premières¹. En même temps, les interprètes modernes ont, en cette matière, changé le sens de la terminologie ancienne : pour eux, l'expression *sanatio matrimonii in radice* vient de ce que le consentement est la cause et la racine même du mariage². On ne saurait dire au juste à quel moment précis cette doctrine nouvelle s'est affirmée, mais on peut compter au nombre de ses prin-

1. Perrone, *op. cit.*, t. II, p. 155 : « Præmittendum est conjugii contractum oriri a consensu libero utriusque contrahentis... Ast non quivis consensus ad contrahendum matrimonium sufficit, sed necesse est præterea ut sit legitimus... Si sit illegitimus jure naturali presse sumpto, aut jure divino, ita vitatur ut nullo modo sanari possit ab humana quavis auctoritate, perpetuoque ideo irritum permanebit conjugium ita illegitime contractum. Si vero illegitimus sit jure tantum canonico, seu ob impedimentum aliquod dirimens ab Ecclesia constitutum, tunc licet ita vitatus sit consensus ut contractum conjugalem irritum reddat, nihilominus vi ejusdem auctoritatis qua impedimentum statutum est, scilicet Ecclesiæ, tolli etiam potest; seu vitium illud ita sanari potest ut, eo sublato, tum contractus validus exurgat, tum sacramentum, illosque omnes producat effectus, quo produxisset nisi obfuisset vitium illud. » — Feije, *op. cit.*, n° 766, p. 789 : « Simplex dispensatio effectus habet pro futuro tantum, et non sanat consensum jam præstitum, sed dispensatio in radice consensus jam præstiti sanationem operatur retroagendo, quia pontifex, quod in omni lege ecclesiastica facere potest, legem impedimenti abrogat ex tunc, quanquam in particulari nunc casu. Consensus erat naturalis sed inefficax et invalidus ad efficiendum matrimonium : hinc invalidum hoc erat et proles illegitima. Dispensatio autem in radice sanat radicem seu consensum initio vitiose præstitum, adeo ut iste, quemadmodum olim actu præstitus absque obice impedimenti effecisset validum matrimonium prolemque consequenter legitimam, ita nunc virtualiter perseverans, ex tunc sublato obice illico et natura sua validum efficiat matrimonium et proinde prolem legitimam. »

2. Perrone, *op. cit.*, t. II, p. 157 : « Intelligitur quare dicatur *sanatio matrimonii in radice* aut *a radice*, quia videlicet consensus, a quo contractus matrimonii pendet, radix est, ut diximus, unde conjugium validum sit aut invalidum... Cum itaque consensus hic affectus vitio fuerit ab initio, idque ita deinde tollatur, ut consensus ipse legitimus censeatur et fiat pro illo primo instante quo datus est, adeoque jure effectus omnes eliciat perinde ac si a suis primordiis legitimus fuisset, merito matrimonium ipsum sanari dicitur in radice. »

cipaux constructeurs le pape Benoît XIV, qui en a donné une formule très nette¹.

Cependant les auteurs modernes diffèrent quant à l'analyse juridique du pouvoir si considérable reconnu ici à la papauté, et trois explications diverses sont fournies. Selon les uns, il y a là une fiction de droit, par laquelle l'autorité ecclésiastique est censée avoir accordé la dispense et supprimé l'empêchement au moment même du contrat². D'après les autres, ce serait l'application d'une réserve faite par le législateur lui-même : celui-ci, en établissant un empêchement dirimant, aurait voulu réserver à l'Église le droit de l'écarter lorsque cela serait nécessaire³. Enfin, une troisième opinion explique

23

1. *De synodo dioces.*, l. XIII, c. xxi, n° 7 : « In aliquibus circumstantiis conceduntur quædam dispensationes quæ dicuntur *in radice matrimonii*, per quas renovandi consensus necessitas tollitur... Certum tamen est hujusmodi dispensationes... concedi quidem aliquando, gravissimis urgentibus causis, et quatenus conjunctio conjugum extrinsecam speciem habeat justî matrimonii, neque copula fuerit manifeste fornicaria; sed tunc solum cum impedimentum, propter quod matrimonium irritum fuit, nequaquam ortum habuit a jure divino vel naturali, sed a lege dumtaxat ecclesiastica, quam positivam vocant et cui summus pontifex derogare potest; non sane agendo ut matrimonium nulliter contractum non ita contractum fuerit, sed effectus illos de medio tollendo qui, ob hujusmodi matrimonii nullitatem, ante indulgentiam dispensationem, ac etiam in ipso contrahendi matrimonii actu producti fuerunt; juxta Clementinam *Quoniam, De immunitate ecclesiarum*. »

2. Perrone, *op. cit.*, t. II, p. 160 : « Prima itaque ratio hujus rei explicandæ est fictio juris. Romanus pontifex se refert quodammodo ad actum celebrandi conjugii... Nimirum per fictionem juris Ecclesia impedimentum ita tollit ut illud sustulisse in actu ipso dati consensus censeatur. »

3. Perrone, *op. cit.*, t. II, p. 161 : « Alii rem sibi videntur melius explicare cum dicunt Ecclesiam impedimenta quidem constituisse, sed non omnino absolute ac pro quovis casu, sed sibi judicium reservasse de extraordinariis quibusdam rerum adjunctis, in quibus ea impedimenta non obsint, quominus consensus effectus suos producat. In hac sententia concipi deberent ejusmodi impedimenta quodammodo alicui conditioni vel reservationi, seu exceptioni obnoxia ex ipsa mente legislatoris. » — Feije, *op. cit.*, n° 766 : « Quoad matrimonii ex nunc validitatem, pontifex vitium consensus olim actualis et nunc virtualiter perseverantis sanandi potestatem habet, quia impedimentum juris ecclesiastici ex tunc tollere potest, et hoc ex tunc

simplement la *sanatio in radice* par l'abrogation particulière et rétroactive de la loi ecclésiastique, prononcée par le souverain pontife avec annulation de tous les effets produits¹. C'était la justification ancienne de la *dispensatio in radice*, celle que donnaient Johannes Andreæ et Panormitanus²; c'était celle à laquelle se référait encore Benoît XIV³, mais elle s'adapte peut-être moins bien que les deux autres à la théorie nouvelle.

D'ailleurs, les auteurs n'admettent point tous les conséquences extrêmes qui découlent de cette théorie. Certains, comme Feije, enseignent que le mariage ne devient valable en lui-même et à l'égard des époux qu'à partir du moment où intervient la *dispensatio in radice*⁴. C'était bien la doctrine ancienne⁵; mais l'idée nouvelle, qui sert de base à l'institu-

directe sublato, consensus substantialiter requisitus ipsa sua natura effectus etiam suos producit, sive quia, juxta alios, impedimenta juris ecclesiastici non absolute irritant sed suspendunt consensus naturalis efficacitatem, et exceptionem seu conditionem habent annexam pro eventibus extraordinariis in legislatoris arbitrio positos, sive quia, juxta alios, impedimenta non habent vim tantum suspensivam, consensus tamen renovatio ex sola sedis apostolicæ voluntate requiritur. » — *Archiv für katholischen Kirchenrecht*, 1880, t. I, p. 1 et s.

1. Perrone, *op. cit.*, t. II, p. 169, note 22 : « Hæc fortasse simplicissima et optima ratio est intelligendi quomodo sanatio fiat matrimonii in radice. Directe irritantur *effectus* impedimenti seu legis ecclesiasticæ quod legislator ex ipso jure facere potest. Hinc consensus de se suos parit effectus. »

2. Ci-dessus, t. II, p. 404.

3. Ci-dessus, t. II, p. 409, note 1.

4. Feije, *op. cit.*, n° 766, p. 789 : « Realiter validum matrimonium non fit nisi eo momento, quo sanatio in radice applicatur modo postea indicando, sed proles legitima habetur inde ab initio matrimonii. Diversimode enim pro natura sua producantur isti indirecti effectus... Quum pontifex non possit efficere ut matrimonium ante non fuerit invalidum, ex nunc tantum validum est. Quod vero ad proles legitimationem attinet, ut pontifex legem ecclesiasticam aliam potest abrogare, quoad effectus jam productos ejus potestati omnino subjectos, adeo ut hi prorsus non considerentur, sed deleantur ac si lex nunquam extitisset; ita potest eodem modo abrogare seu tollere illegitimitatis effectus. »

5. Ci-dessus, t. II, p. 405.

tion, semble impliquer la validité rétroactive du mariage, pleine et entière, à l'égard de tous ¹. D'autre part, personne ne prétend qu'il faille, pour la revalidation, un nouveau consentement expressément et spécialement donné par les époux : la *sanatio*, sous sa nouvelle forme, a eu justement pour but d'exclure la nécessité de ce nouveau consentement. Mais, certains exigent que le consentement jadis donné lors du contrat subsiste encore et persévère virtuellement et moralement ². Cela est parfaitement logique chez ceux qui admettent que, dans la *sanatio*, le mariage en lui-même est validé seulement *ex nunc* ³; mais cela est contraire au principe dont on est parti, et c'est là une opinion inconséquente; car, si l'ancien consentement ne suffit pas, il en faut un nouveau exprès et dans les formes. Perrone paraît être dans la véritable logique lorsqu'il enseigne que le consentement donné au jour du mariage suffit, sans autre condition, car c'est lui seul qui opère ⁴. Il montre que la pratique pontificale admet la pleine

1. Perrone, *op. cit.*, p. 172 : « Effectus potissimi sanationis in radice sunt : relate ad conjuges primitivus matrimonii ipsius valor, relate ad prolem legitimatio plenissima. »

2. Perrone, *op. cit.*, p. 173 : « Verum hic altera questio ab auctoribus agitur, num scilicet necesse sit ad hoc ut valeat sanatio in radice ut prior consensus *moraliter* perseveret. Non desunt qui ejusmodi necessitatem adstruant. »

3. Feije, *op. cit.*, p. 789 : « Quoad matrimonii ex nunc validitatem, pontifex *vitium consensus olim actualis et nunc virtualiter perseverantis* sanandi potestatem habet. » P. 790 : « Cum sanationis in radice manifestum fundamentum sit consensus naturalis olim revera præstitus, et quod spectat ad convalidandum matrimonium atque in eo permanendum, simul etiam illius consensus perseverantia virtualis. » — Feije paraît admettre aussi que, lorsque la *sanatio* intervient après la mort d'un époux, elle ne produit effet que quant à la légitimation des enfants. P. 790 : « Sanatio in radice interdum datur pro sola prolis legitimatione, nedum utroque conjuge vivente, sed etiam utroque vel alterutro vita functo. »

4. *Op. cit.*, p. 173 : « Attamen non videtur per se hæc necessitas (perseverantiæ moralis consensus) absolute requiri, cum sufficiat prior consensus in actu matrimonii elicited, cujus reipsa per dispensationem veluti radix sanatur. »

sanatio, alors même qu'un des conjoints retirerait formellement son consentement et demanderait la nullité du mariage ¹, lequel peut être alors en quelque sorte exproprié de son action en nullité par la volonté papale. Par suite encore, la *sanatio* peut être accordée après le décès d'un époux. Mais, en fait, en accordant la *sanatio in radice*, le pape peut en subordonner l'effet à un renouvellement du consentement, ou à la constatation que celui donné jadis persévère toujours ².

Pour que la *sanatio* soit possible, deux conditions seulement restent exigées en définitive, et elles résultent à la fois de la tradition ancienne et de la nouvelle conception. Il faut, d'abord, que l'empêchement qu'il s'agit d'effacer soit de pur droit ecclésiastique. Il faut, en second lieu, qu'on ait devant soi un mariage de fait, nul en droit, mais existant dans la forme : le pape ne pourrait pas transformer rétroactivement par *dispensatio* un concubinage en mariage légitime. Cela s'expliquait autrefois, quand il ne s'agissait que de la légitimation des enfants illégitimes, par cette idée que le mariage était le moyen qui permettait seul au pape d'opérer indirectement cette légitimation. Cela s'explique maintenant par cette idée que le *consensus matrimonialis* est le véritable élément opérant dans la *sanatio in radice*, et cette considération va fournir la solution d'une dernière difficulté ³. Puisqu'il faut un mariage de fait et dans la forme, si les époux ont contracté clandestinement, sans se conformer aux prescriptions du concile de Trente, dans un pays où elles sont entrées en vigueur, il semble que cette

1. *Op. cit.*, p. 174, 175 : « Benedictus XIV non solum inter conditiones ad dandam hujusmodi sanationem nunquam recenset hanc perseverantiam moralem in dato consensu, verum etiam excludit satis aperte, dum concessit dispensationem in radice matrimonii dum alter conjugum in tribunalibus sollicitaverat solutionem, adeoque, quantum in se erat, suum consensum retractaverat... Inque tantum abest ut renovatio consensus necessaria sit ut per se ne requiratur quidem moralis consensus perduratio, imo neque quandoque obsit consensus retractatio. »

2. Perrone, *op. cit.*, p. 173.

3. Perrone, *op. cit.*, p. 159.

union informe, inexistante dorénavant pour le droit canonique, ne puisse fournir l'objet d'une *sanatio in radice*. Il n'en est rien cependant. Ce qui est essentiel dans cette théorie, qui reprend en partie les principes antérieurs au concile de Trente, c'est le *consensus matrimonialis*; la forme n'est qu'un accessoire. Si elle manque, cela n'entraîne qu'un empêchement dirimant de droit ecclésiastique, dont le pape peut accorder la dispense; mais le consentement, la *radix*, peut exister sans elle. Cela est tellement vrai que le mariage clandestin est l'une des hypothèses auxquels on songea d'abord à appliquer la *sanatio in radice*¹, et certains auteurs ont été jusqu'à soutenir qu'elle ne pouvait s'appliquer qu'aux mariages nuls à raison de la clandestinité ou du rapt². Il y en a une application célèbre dans l'acte par lequel la papauté conféra la *sanatio in radice* aux mariages purement civils contractés en France pendant la Révolution³. En sens inverse, on décide que, si la forme existe, mais non le *verus consensus*, la *sanatio* est impossible; on applique même cela au mariage nul contracté de mauvaise foi par l'un et l'autre conjoint⁴.

1. Décision de la Congrégation du Concile, dans Schulte et Richter, p. 302 : « Summus pontifex, concurrente legitima causa, potest matrimonium irritum propter defectum præsentie proprii parochi vel ob aliud quodvis impedimentum de jure tantum ecclesiastico matrimonium dirimens in radice convalidare. »

2. Baston, cité par Perrone, t. II, p. 170.

3. *Instructio cardinalis Caprara, legati a latere in Galliis, circa revalidationem matrimoniorum nulliter initorum*, 25 avril 1803 (Migne, *Theologiæ Cursus completus*, t. XXV, p. 704-707); cf. Perrone, II, p. 173. — Feije, *op. cit.*, p. 792 : « Extrinseca hæc species deest matrimoniis clandestine, etiamsi matrimoniali aliqua forma, ex gr. juxta mores regionis celebratis in loco ubi ex hac causa notorie sunt invalida... In illis licet manifeste pro fornicariis habeantur, fieri tamen potest intentionem seu consensum matrimoniallem revera non defuisse; et deest quidem illa matrimonii species extrinseca seu figura, quam regula supra posita exigit, unde pro his validandis pontifices non facile concedunt sanationem in radice; attamen concedi ab eis potest et interdum conceditur, dummodo consensus vere matrimonialis probetur præstitus, et scandalum auferatur vel non oriatur. »

4. Perrone, *op. cit.*, p. 159 : « Hinc si ambo contrahentes impedimentum

En terminant ces développements sur les dispenses, je rappellerai ce que j'ai dit des empêchements fondés sur l'absence ou sur les vices du consentement. Ils sont *indispensables*, car on les considère comme étant de droit naturel¹ : *jure naturali*, c'est le consentement réel libre qui constitue l'essence même du mariage. D'ailleurs, tant que les deux époux sont vivants, il leur est toujours possible de valider le mariage par un nouveau consentement. La dispense ne se concevrait ici que sous la forme d'une *sanatio matrimonii in radice*, intervenant lorsque la mort ou la résistance de l'un des conjoints rend impossible la validation du mariage par un nouveau consentement. Mais l'admettre serait contraire à la conception même sur laquelle repose la *sanatio in radice*.

noverant atque ita mala fide conjugium inierunt, sanari illud non potest : neque enim hujusmodi ficti conjuges in actu ipso nuptiarum verum matrimonium inire sed concubinatum tegerē voluerunt. »

1. On en avait douté cependant autrefois, en ce qui concerne l'*error personæ et conditionis*, glose sur C. XXIX, qu. 1, v^{is} *Quod autem* : « G(andulphus) allegat pro et contra distinguendo quatuor errores, fortunæ, qualitatis, personæ et conditionis ; duo ultimi dirimunt matrimonium, non ex sua natura, sed ex constitutione Ecclesiæ Nam similiter et papa posset constituere quod nullus error impediret quod esset matrimonium ubi esset error personæ, sicut et tenet pignus, licet ibi sit error. Unde ex natura non habet error personæ quod impediat. Argumentum tamen est contra infra de Jacob et Lya, quia nondum Ecclesia constituerat, et tamen tunc impendebat. Et est etiam argumentum contra, quia error impedit emptionem. »

CHAPITRE ADDITIONNEL

Le droit contemporain du mariage ¹.

I. L'affermissement de la doctrine et la juridiction de l'Église en matière matrimoniale. — II. Le caractère et la portée des réformes récentes. — III. Les *verba de futuro*. — IV. La formation du lien, le *matrimonium præsumptum*. — V. La forme du mariage. — VI. Le consentement matrimonial. — VII. La notion de contrat-sacrement. — VIII. Les effets du mariage. — IX. Les empêchements relatifs. — X. Les empêchements absolus. — XI. Les empêchements prohibitifs. — XII. La dispense des empêchements. — XIII. La dissolution du lien du *matrimonium ratum et non consummatum*. — XIV. L'indissolubilité du *matrimonium ratum ac consummatum*. — XV. Le mariage des infidèles. — XVI. La convalidation et la *sanatio in radice*.

I

L'affermissement de la doctrine et la juridiction de l'Église en matière matrimoniale.

L'époque contemporaine apparaît comme une époque d'affermissement et de précision dans la doctrine tradition-

1. Bibliographie générale sur le droit contemporain du mariage : Augustine, *A commentary on the new Code of Canon Law*, t. V, *Marriage and matrimonial Trials*, 1919. — Ayrinhac, *Marriage legislation in the new Code of Canon Law*, New-York, 1919. — Benedetti, *Ordo judicialis processus canonici instruendi*, Turin, 1935. — Billot, *De Ecclesia sacramentis*, t. II, Rome, 1908. — Blat, *Commentarium textus codicis canonici, liber III, de rebus, Pars I, de Sacramentis*, Rome, 1924. — A. Boudinhon, *Le mariage et les fiançailles*, Commentaire du décret *Ne temere*, 8^e édit., Paris, 1912. — Cappello, *Tractatus canonico-moralis de sacramentis*, vol. III, *de matrimonio*, Turin-Rome, édit. 1933. — Cerato, *Matrimonium e Codice juris canonici integre desumptum*, Padoue, 3^e édit., 1920. — Chelodi, *Jus matrimoniale*

nelle de l'Église¹. L'unité a été ainsi réalisée sur un certain nombre de points sur lesquels les controverses doctrinales avaient été très vives au Moyen âge et même aux temps modernes. A maintes reprises, l'Église a affirmé le caractère sacramentel de tout mariage conclu par les chrétiens; le sacrement n'est pas quelque chose d'accidentel qui s'ajouterait

juxta Codicem juris ecclesiastici, Trente, 3^e édit., 1921. — R. Cocart, *Fiançailles et mariage, Guide pratique*, Paris, 1933. — Deshayes, *Questions pratiques sur le mariage*, Paris, 1918. — Durieux, *Le mariage en Droit canonique*, Paris, 6^e édit. — N. Farrugia, *De matrimonio et causis matrimonialibus tractatus canonico-moralis juxta Codicem juris canonici*, Turin-Rome, 1924. — P. Fourneret, *Le mariage chrétien, Principes, Guide pratique, Formulaire*, Paris, 1919. — Gasparri, *Tractatus canonicus de matrimonio, editio nova ad mentem Codicis J. C.*, 2 vol., Rome, 1932. — Hilling, *Das Eherecht des Codex juris canonici*, Fribourg-en B., 1927. — A. Knecht, *Grundriss des Eherechts*, Fribourg-en-B., 1919. — M. Leitner, *Lehrbuch des katholischen Eherechts*, Paderborn, 3^e édit., 1920. — Lioneborn, *Grundriss des Eherechts nach dem Codex juris canonici*, Paderborn, 3^e édit., 1922. — Michel, *Ce qu'il y a de plus pratique pour le prêtre dans le nouveau Code*, Alger. — H. Noldin, *De jure matrimoniali juxta Codicem juris canonici*, 1919. — Payen, *De matrimonio in Sinis*, 3 vol., Zikawei, 1929. — T. Schäfer, *Das Eherecht nach dem Codex juris canonici*, Munster-en-W., 9^e édit., 1924. — F. Schönsbeiner, *Grundriss des kirchlichen Eherechts*, Vienne, 1924. — A. de Smet, *Tractatus theologico-canonicus de sponsalibus et matrimonio*, 4^e édit., Bruges, 1927; *Praxis matrimonialis ad usum parochi et confessarii*, Bruges, 1920. — M. Stutz, *Der Geist des Codex juris canonici, Kirchenrechtliche Abhandlungen*, Stuttgart, 1918. — A. Villien, *La discipline des sacrements, Mariage, Revue du clergé français*, t. LXXVII, p. 264-286. — Th. M. Vlaming, *Prælectiones juris matrimonii ad normam Codicis juris canonici*, Bussum, t. I, 1919, t. II, 1921. — Vromant, *Jus missionarium*, t. V, *de matrimonio*, Louvain, 1931. — Wernz-Vidal, *Jus canonicum ad Codicis normam exactum*, t. V, *Jus matrimoniale*, Rome, 1925. — B. Wilarowski, *Dookola Nowego Kodeksa* (Autour du nouveau Code), Wilno, 1926.

1. Pie IX, *Ad apostolicæ*, 22 avril 1851; allocution du 27 septembre 1852 : *acerbissimum vobiscum*; *Syllabus*, § 8, n. 65-74. — Léon XIII, *Inscrutabili*, 21 avril 1878; *Ci siano*, 1^{er} juin 1879; *Arcanum*, 10 février 1880. — Pie X, *Lamentabili*, 4 juillet 1907, n. 51. — Pie XI, *Casti connubii*, 31 décembre 1930. Sur l'affermissement et l'unification de la doctrine, voir Le Bras, *La doctrine du mariage chez les théologiens et les canonistes depuis l'an mille*, *Dictionnaire de théologie catholique*, t. XI, col. 2272.

au contrat et pourrait en être séparé. C'est le contrat lui-même qui a été élevé à la dignité de sacrement, de sorte qu'on ne peut faire qu'une distinction de raison entre le contrat et le sacrement. Tout mariage entre chrétiens est nécessairement un sacrement, et si les parties contractantes excluent le sacrement par un acte de volonté *prævalens*, le contrat, qui est inséparable du sacrement, ne se formera pas non plus¹.

De là découle le droit de juridiction propre et exclusive que revendique l'Église sur les mariages des baptisés², et le droit exclusif pour l'Église de légiférer sur le contrat-sacrement et sur tout ce qui s'y rattache en particulier — droits et devoirs des époux, statut des enfants, fiançailles — et d'instituer des empêchements dirimants.

L'État ne pourrait connaître de certaines causes matrimoniales qu'en vertu d'une délégation consentie au pouvoir séculier; c'est ce qu'a réalisé le concordat de Latran du 11 février 1929 en remettant aux tribunaux séculiers italiens la connaissance des causes de séparation de corps³.

La controverse qu'avaient entretenue les gallicans, et qui distinguait le contrat du sacrement, pour remettre au pouvoir séculier la juridiction en ce qui concerne le premier, est entièrement dirimée. On ne pourrait même plus soutenir avec Sanchez et les *Salmanticenses* que les questions matrimoniales sont des questions mixtes, qui doivent être réglées par l'accord de deux pouvoirs. Le domaine de l'État est restreint aux effets purement civils du mariage avec cette réserve qu'il ne peut refuser les effets inséparables au contrat à un mariage canoniquement valable et que le juge ecclésiastique peut connaître des effets purement civils *ex propria protestate* s'ils sont évoqués incidemment ou accessoirement au cours d'un procès⁴. L'État partage avec l'Église sa compé-

1. Payen, *De matrimonio*, 1929, t. I, p. 24.

2. C. I. C., C. 1960.

3. Art. 34, A. A. S., 21, p. 291.

4. C. I. C., C. 1961.

tence en ce qui concerne la répression pénale des délits relatifs au mariage. La compétence de l'Église s'étend à tous les baptisés même non catholiques, mais ne vise pas les infidèles. La *Rota Romana* a ainsi jugé à différentes reprises les causes matrimoniales concernant des protestants¹. Dans l'Église latine, le pouvoir de légiférer et en particulier d'établir des empêchements est réservé au pape et aux conciles œcuméniques. La juridiction compétente en première instance est l'ordinaire du lieu, en appel le métropolitain ou l'officialité désignée pour l'appel des causes jugées par une officialité métropolitaine, puis en dernier ressort le Saint-Siège. L'appel peut d'ailleurs être porté immédiatement au Saint-Siège, qui, à cause de sa primauté de juridiction, s'est réservé en première instance les causes des personnes souveraines, et peut toujours évoquer une cause matrimoniale.

La constitution *Sapienti Consilio* de Pie X du 29 juin 1908 a fixé sur de nouvelles bases la compétence des tribunaux et des Congrégations romaines, qui avaient été presque absorbées par la Congrégation du Concile. Le Saint-Office garde la connaissance des causes où l'intérêt de la foi est impliqué : privilège paulin, empêchements de disparité de culte et de religion mixte², à l'encontre de tous tribunaux ou Congrégations, même de la Congrégation *pro Ecclesia Orientali*, créée par Benoît XV. C'est encore à lui qu'appartient d'apprécier la validité d'un mariage contracté entre infidèles, question qui relève du droit naturel et dont l'Église peut avoir à connaître pour raison indirecte : il en est ainsi par exemple au cas de projet de mariage entre une partie catholique et une partie infidèle, lorsqu'on voudrait obtenir la déclaration de nullité d'un premier mariage conclu par cette dernière avec un non-baptisé.

1. *S. Romanæ Rotæ decisiones seu sententiæ*, t. IV, p. 20 et s., p. 323 et s.; A. A. S., 1926, p. 501, affaire Vanderbilt-Marlborough.

2. *Commissio interpretationis Codicis*, 18 janvier 1928, A. A. S., 1928, p. 75.

La Congrégation des Sacraments est compétente pour accorder la dispense de mariage non consommé, et pour régler les causes qui doivent être tranchées par voie administrative. La *Rota Romana*, qu'a fait revivre la réorganisation de Pie X, juge toutes les causes soumises à l'ordre judiciaire, sous le contrôle de cassation de la Signature apostolique. La Sacrée Pénitencerie tranche les questions de for interne. Toutes les causes dans lesquelles est impliquée une partie de rite oriental sont tranchées par la Congrégation *pro Ecclesia Orientali*, même si elles ont été jugées en première instance par un ordinaire latin.

L'Église laisse à l'État juridiction sur les mariages des infidèles. Celui-ci est donc compétent pour légiférer à leur endroit et peut même instituer des empêchements dirimants. C'est ce qu'a reconnu un décret du 26 juin 1820 de la Congrégation de la Propagande : un mariage conclu par un Tonkinois, à l'encontre d'un empêchement dirimant établi par la loi locale, est nul. Mais le pouvoir de l'État est limité par le droit naturel et par le droit divin, à l'encontre desquels il ne pourrait valablement légiférer. C'est ainsi que, déclare l'encyclique *Casti connubii*, le pouvoir séculier ne pourrait permettre le divorce à ses sujets infidèles, ce qu'avait autrefois admis Sanchez.

II

Le caractère et la portée des réformes récentes.

En même temps que l'Église affirmait et précisait sa doctrine traditionnelle du mariage, le droit canonique faisait subir à la construction classique du mariage les modifications les plus importantes qu'elle ait connues depuis les retouches du concile de Trente. Sur certains points même, la construction du système classique, constitué par Alexandre III, modifié et élargi par Innocent III, et qui était demeuré intact

1. Chelodi, *De personis*, 1927, n° 164, p. 278.

malgré la réforme tridentine, a été complètement changée. Le système classique était caractérisé par une synthèse de la théorie consensuelle du Lombard et de la théorie de Gratien. Le concile de Trente ne l'avait en rien modifié. Les réformes récentes ont consacré un recul de la théorie de Gratien intégrée par Alexandre III dans le système classique. La conception du Lombard voit par contre son champ d'application étendu et occupe désormais une plus grande place.

La dualité des modes de formation du lien, qui avait subsisté dans les faits par la survivance du *matrimonium præsumptum*, a disparu. Désormais l'unité a été réalisée; le mariage ne peut plus se former que par le seul consentement de présent. La *copula carnalis* a cessé de jouer le rôle purificateur de condition après un consentement de présent. Elle, dans aucun cas, elle ne peut aujourd'hui donner naissance au mariage. En même temps, les effets du mariage ont été rattachés immédiatement au consentement de présent, et non plus à l'union charnelle. L'affinité a cessé, elle aussi, de reposer sur la *copula*, pour découler de la formation du lien par le consentement de présent. Et l'empêchement d'honnêteté publique a pris la place de l'ancienne *affinitas ex copula illicita*.

Ce n'est pas dire pourtant que l'Église ait adopté entièrement le système du Lombard, pour rejeter toutes les parties du système de Gratien qui avaient été intégrées dans la construction classique. L'indissolubilité parfaite reste attachée au *matrimonium ratum ac consummatum*; le mariage seulement *ratum* conclu par le consentement de présent peut être dissous par l'autorité de l'Église. Cette rupture du lien s'opère dans la plupart des cas par le jeu de la dispense pontificale, qui a pris une grande extension. La dissolution du lien par l'entrée en religion d'un des conjoints, aussi bien que l'organisation de la *conversio conjugatorum*, requiert désormais l'intervention du Saint Siège ¹.

1. Creusen, *Religieux et religieuses*, 1930, p. 133.

L'autre série de modifications s'est opérée autour de la notion de solennité. Le concile de Trente avait introduit dans l'Église latine l'exigence de la solennité du mariage, un instant entrevue par Alexandre III, et avait consacré les règles de solennité qu'avait dégagées le Moyen âge pour la licéité de la célébration du mariage, et qui caractérisaient désormais la notion latine de clandestinité. Pie X a changé entièrement la nature de cette solennité pour introduire une notion nouvelle : le *parochus loci* a été substitué au *proprius parochus* et joue désormais un rôle actif. Et cette exigence prend une portée nouvelle : elle est restreinte aux seuls catholiques, mais vise toutes les terres de la chrétienté. En même temps les fiançailles sont devenues un contrat solennel, auquel s'est appliquée en partie la nouvelle notion de clandestinité ; le droit contemporain a aussi consacré l'affaiblissement de ce contrat, en restreignant les effets, autrefois considérables, aujourd'hui de faible importance.

Les empêchements ont subi, eux aussi, des modifications profondes. L'empêchement de consanguinité a été restreint, en même temps que l'empêchement d'affinité, qui recevait désormais un fondement nouveau. L'ancien concept d'*impedimentum honestatis publicæ* a disparu. Le mot désigne dans le nouveau droit un concept tout différent, que désignait anciennement le terme d'*affinitas ex copula illicita*. L'empêchement de disparité de culte a été restreint aux seuls catholiques. Le droit nouveau a donc évolué vers une différenciation des règles qui s'appliquent aux catholiques et de celles qui visent les chrétiens non catholiques.

Les effets du mariage conclu entre infidèles, du *matrimonium legitimum*, ont été modifiés dans le droit contemporain. Le jeu du privilège paulin a été étendu hors de son domaine primitif, même au cas où il n'est pas possible de procéder aux interpellations, même au cas où on ne sait si le conjoint que l'on présume être demeuré infidèle ne s'est pas converti. Le jeu de la dispense de mariage non consommé permet la dissolution du *matrimonium legitimum*, si les deux conjoints se

sont convertis, et même si un seul s'est converti. Cette discipline nouvelle est l'application du principe, déjà formulé par les canonistes classiques, que la possibilité de rupture du lien du mariage conclu dans l'infidélité ne vient pas tant de la faveur de la foi — car alors pourquoi ne pas rompre un *matrimonium ratum ac consummatum* au cas d'apostasie d'un des conjoints, comme le voulait Célestin III — que de la faiblesse du lien du *matrimonium legitimum*.

III

Les « verba de futuro ».

Le droit contemporain a réalisé la réforme que n'avaient pu obtenir les conciles locaux ni les synodes diocésains du Moyen âge, et que le concile de Trente s'était refusé d'opérer : la transformation des fiançailles en contrat solennel. Cette transformation s'est d'abord faite dans le droit local, pour devenir ensuite une règle générale dans toute l'Église latine. La première dérogation visait seulement l'Espagne. Le 31 janvier 1880 Léon XIII reconnaît la coutume qui s'était formée dans l'Église d'Espagne, coutume qui, à la suite de l'ordonnance de Charles III du 28 avril 1703, exige pour la validité du contrat une *publica scriptura* ¹; le 1^{er} janvier 1900, à la demande des évêques de l'Amérique latine, il étend le bénéfice de cette déclaration à toute contrée ².

Il appartenait à Pie X de réaliser la réforme pour toute l'Église latine : c'est ce que décide le décret *Ne temere*, du 2 août 1907 ³. Désormais, pour être valides, les fiançailles devront être contractées par un écrit, signé des deux parties et de l'ordinaire ou du curé du lieu (mais non de leur délégué) ou de deux témoins. Un témoin supplémentaire est exigé si l'une des parties ne sait pas écrire.

1. S. C. Conc., A. S. S., t. XIII, p. 185.

2. S. C. pro neg. extr., A. S. S., t. XXXII, p. 553.

3. S. C. Conc., A. S. S., t. XL, p. 525.

Le *Codex juris canonici* (1917) consacre les règles posées par le décret *Ne temere*, en ajoutant que pour absence de solennité les fiançailles seront nulles *pro utroque foro* ¹. Ce canon met fin à la controverse qui s'était élevée à propos du décret *Ne temere* : la doctrine tenait généralement que les fiançailles clandestines étaient invalides seulement au for externe, le Codex a voulu que cette réforme n'entraînât pas un conflit entre les deux fors. Les fiançailles clandestines n'ont donc plus aucune valeur, même au for interne; mais il reste qu'elles peuvent constituer un dol, et en tant que dol, obliger à réparation.

Les fiançailles solennelles obligent au for interne tant qu'elles existent. Elles ne sont pas non plus dénuées de toute valeur au for externe, bien que le Codex leur refuse toute action pour réclamer la célébration du mariage. Leur rupture sans cause raisonnable peut donner lieu à une action en dommages-intérêts, qui est de for mixte, de la compétence concurrente des tribunaux ecclésiastiques ou séculiers ².

Mais cette transformation n'a pas affecté la notion contractuelle des fiançailles. Bien plus, la doctrine contemporaine s'est attachée à préciser cette notion et à en dégager toutes les conséquences, que les canonistes du Moyen âge avaient parfois méconnues, pour ne pas se mettre en opposition trop vive avec les mœurs de leur temps.

Elles apparaissent comme une promesse réciproque de contracter un futur mariage. Elles constituent donc un contrat synallagmatique, conclu entre personnes déterminées, qui oblige en justice chaque partie à contracter mariage.

La doctrine a dégagé exactement le contenu de ce contrat : c'est un consentement à un futur mariage, consentement qui doit être intérieur, libre, manifesté extérieurement, simultané et légitime. Il exige donc au moins une connaissance confuse du mariage, ce qui exclut pratiquement les fiançailles des

1. C. 1017.

2. *Commissio interpretationis Codicis*, 2-3 juin 1918.

impubères. Une condition peut être apposée : on appliquera les mêmes règles que celles qui régissent les conditions apposées au mariage, avec cette seule différence qu'on admet en cette matière la condition résolutoire. L'exigence que ce consentement soit propre et personnel, conséquence fixée par la doctrine de la notion de contrat combiné avec les exigences nouvelles qu'a introduites le décret *Ne temere*, abroge plusieurs dispositions de l'ancienne discipline, qui subsistaient à titre de survivances. C'est ainsi qu'on ne saurait désormais admettre les fiançailles contractées avec une personne incertaine, par exemple l'une des filles de *Titius*, fiançailles que *Joannes Andreae* tenait déjà pour invalides. Sont aussi abrogées les fiançailles contractées par les parents, et qui prenaient valeur par la ratification, même tacite, des enfants — le seul fait d'en apprendre l'existence et de ne pas les désavouer équivalant à ratification. Il en est de même des anciennes fiançailles présumées.

IV

La formation du lien. Le « *matrimonium praesumptum* ».

Le droit contemporain a réalisé l'unification des modes de formation du lien ; désormais la conception consensuelle seule subsiste, aussi bien dans les faits que dans la construction juridique. Alexandre III avait conservé la conception de Gratien, la formation du lien par la *copula sponsalibus superveniens*, qu'il avait juxtaposée à la conception consensuelle. Huggucio et Innocent III s'étaient efforcés de supprimer en théorie cette qualité en faisant rentrer ce premier mode dans le second, en voyant dans la *copula* une présomption de consentement de présent. Mais, par ses règles distinctes, irréductibles à un consentement de présent, et définitivement consacrées par Grégoire IX, le *matrimonium praesumptum* avait laissé subsister dans les faits cette dualité de modes de formation du lien. Son fondement avait disparu, depuis que triomphaient les conceptions dégagées par

Scot, que les *verba de futuro* étaient devenus une simple promesse de contracter mariage, et avaient dépouillé tout caractère de consentement matrimonial de futur. Le *matrimonium præsumptum* avait subsisté néanmoins, maintenu pour une raison de moralité, pour éviter que l'un des fiancés puisse impunément abuser de l'autre, ou que l'union charnelle entre eux ne puisse pas tirer à conséquence. *Panormitanus* et les canonistes du xv^e siècle l'étudient encore très favorablement. Le *matrimonium præsumptum* avait rencontré des défenseurs parmi les Pères du concile de Trente, qui auraient voulu l'excepter de la nullité qui s'attacherait désormais aux mariages clandestins. Il avait disparu cependant, par une conséquence indirecte de la règle de solennité, dans les pays où le concile avait été publié. C'est ce que consacrèrent deux décisions de la Congrégation du Concile du 13 juillet 1593, et une autre de 1594, en réponse à l'évêque de Caserte.

Mais le *matrimonium præsumptum* se maintient dans les pays non tridentins, c'est-à-dire en Angleterre, en Écosse, au Danemark, en Suède, dans une grande partie de l'Allemagne ¹, dans bon nombre de paroisses de l'Alsace, et il faut y ajouter tous les pays de mission. Cependant il n'en est pas moins rejeté hors du droit commun de l'Église, hors de la législation qui s'applique dans les nations catholiques. Il a cessé d'intéresser les canonistes; ils ne feront plus désormais d'analyses originales de cette curieuse conception, ils se contenteront de reproduire ce qu'en disaient leur prédécesseurs; d'autres se borneront à en rappeler l'existence. En même temps, alors qu'on a perdu entièrement l'ancienne notion de consentement matrimonial de futur, le *matrimonium præsumptum* devient intelligible pour les populations catholiques. Et les conflits entre les deux fors qu'il déchaînent, et

1. Le décret *Provida* du 18 janvier 1906 a étendu l'application du décret *Tametsi* à toute l'Allemagne, sauf en ce qui regarde les mariages mixtes. A. S. S., t. XXXIX, p. 81.

que le droit contemporain s'efforce d'atténuer de plus en plus, choquent profondément les consciences.

Dès le xvi^e siècle, Estius et Silvius affirment seulement que les mariages clandestins continuent à être valables dans les lieux où le décret *Tametsi* n'a pas été publié. Pirhing rappelle expressément que le *matrimonium præsumptum* existe encore, avec son caractère de présomption *juris et de jure* d'un consentement matrimonial de présent, mais présomption restreinte au for externe, dans les lieux où le décret *Tametsi* n'a pas été publié. Engel, Layman et Fagnani en parlent au passé. Reiffenstuel, qui examine assez longuement le droit du mariage dans les pays où le concile n'a pas été publié, n'en dit pas un mot. Schmalzgruber, plus explicite, note que le mariage présumé a disparu partout où le décret irritant les mariages clandestins a été publié, ce qui le laisse subsister ailleurs. Berardi l'étudie plus longuement, et dans l'esprit des canonistes classiques : on présume, dit Berardi, que le consentement de se prendre pour époux, qui avait été donné pour l'avenir, a eu lieu pour le présent, puisque les parties contractantes ont aussitôt passé à l'exécution du mariage. En effet, dans l'échange du consentement de fiançailles, il y a déjà volonté de contracter mariage. A ses yeux, même dans les pays tridentins, le *matrimonium præsumptum* subsiste, au cas où des impubères se sont fait passer pour pubères, ou se sont crus pubères, et ont émis un consentement de présent à la face de l'Église — dans ce cas le droit présume que ce consentement vaut comme consentement de futur — et, à l'arrivée de la puberté, réalisent l'union charnelle. Il ne doute pas que, dans ce cas, même là où le concile a été publié, l'ancienne discipline demeure, et on doit les forcer à contracter mariage *in conspectu Ecclesiæ*.

Mais le xviii^e siècle trouve un défenseur ardent du *matrimonium præsumptum* en la personne de Barbosa : Il n'existe pas de meilleure conjecture du consentement que l'union charnelle après les fiançailles. Tenir le contraire serait présumer une faute grave contre la loi divine. Bien plus, les fiancés

qui s'unissent charnellement *animo maritali* ne pèchent pas contre la prohibition des mariages clandestins, s'ils ont l'intention dans l'avenir de célébrer leur mariage à la face de l'Église. La protestation contraire émise par les fiancés serait repoussée. Barbosa se montre tellement favorable au *matrimonium præsumptum* qu'il veut en étendre le champ au delà des bornes qu'avait tracées la doctrine classique. Il étend la valeur de cette présomption même au for interne, au cas où les fiancés se sont connus *animo fornicario*. Et il tient que ce premier mariage dirimera tout mariage postérieur. Il donne pour preuve l'intention présumée du législateur, qui aurait institué cette discipline pour les deux fors, et a prohibé la preuve contraire du second mariage. Si l'Église interdit de prouver ce second mariage, c'est qu'elle le dirime et de là découle la validité du premier. Barbosa supprimait ainsi le principal argument qu'on invoquait à l'encontre du *matrimonium præsumptum*, les conflits entre les deux fors qui en résulteraient nécessairement.

Mais la tentative de Barbosa ne devait rencontrer aucun écho. Le *matrimonium præsumptum* est devenu complètement inintelligible à une conscience chrétienne, déclarent, en 1804 et en 1821, les vicaires apostoliques de la Cochinchine et de la Chine. La Congrégation de la Propagande¹ entend cependant maintenir les anciennes règles posées par le droit classique. Elle maintient rigoureusement la distinction entre les deux fors; une ignorance invincible ne peut dispenser de l'observation de cette discipline. Un mariage présumé conclu *animo fornicario* devra être tenu pour valide au for externe et le juge pourra obliger les parties à se tenir pour époux, et leur interdire de passer à un autre mariage. Au for interne, le confesseur devra enjoindre aux parties de demeurer dans le mariage qui a été conclu *affectu maritali*, et au besoin de souffrir la peine d'excommunication qui aura été portée au for externe, plutôt que de demeurer

1. 11 février 1804, 17 janvier 1821.

dans une union adultère. Et le décret invoque le principe fixé par une décrétale d'Innocent III ¹ au cas de connaissance certaine d'un empêchement de mariage au for interne, alors que ce mariage était prouvé au for externe : « Debet potius excommunicationis sententiam humiliter sustinere quam per carnale commercium peccatum operiri mortale ».

L'abrogation du *matrimonium præsumptum* fut réalisée par Léon XIII. Le décret *Consensus mutuus*, rendu, après avis du Saint-Office, le 13 février 1892², rappelle que cette antique discipline subsistait partout où le décret *Tametsi* n'avait pas été publié, mais qu'elle était tombée dans une telle désuétude qu'il n'arrivait plus jamais que l'union charnelle intervint entre fiancés *affectu maritali*, au point que les évêques avaient peine à faire comprendre cette discipline à leur peuple. Et il déclare abolie, même pour des causes antérieures à la promulgation du décret, la présomption qui s'attachait à la *copula sponsalibus superveniens*. Le décret laisse donc subsister le rôle purificateur de condition de la *copula* au cas de consentement de présent conditionnel. Mais la *copula* ne transforme plus désormais en mariage des fiançailles pures et simples ou conditionnelles, qui ont perdu le caractère d'un consentement matrimonial.

Ainsi disparut, presque inaperçue, une institution qui avait été jadis l'une des pièces les plus importantes du système classique du mariage. C'était consacrer le triomphe de la théorie consensuelle, jadis professée par le Lombard, et ramener à l'unité les modes de formation du lien ³.

1. X, 5, 39, 44, année 1209.

2. A. S. S., t. XXIV, p. 441.

3. Les règles du *matrimonium præsumptum* se retrouvent dans la loi suédoise de 1734. Si la fiancée devient mère, le fiancé doit se marier avec elle, que les fiançailles aient été conclues avec ou sans condition, que la condition ait été remplie ou non. Si le fiancé veut se soustraire au mariage et s'il persiste dans sa résistance, la fiancée sera déclarée sa femme légitime et aura sur ses biens les droits résultant du mariage. Il en sera de même si c'est elle qui s'y refuse (a. 9). L'abandon par son fiancé de la

V

La forme du mariage.

Les réformes de Pie X ont introduit une conception nouvelle de la solennité du mariage, et partant de la clandestinité, conception qui prit la place de la conception tridentine, qui ne subsiste désormais que dans les Églises orientales, dans laquelle elle avait été introduite.

Dans la conception tridentine, la présence du propre ordinaire ou du propre curé des contractants — c'est-à-dire, du curé du lieu où ils avaient un domicile ou un quasi domicile — ou de leur délégué et de deux témoins était exigée à peine de nullité. Rien ne s'opposait d'ailleurs à ce que le mariage fût avec cette assistance conclu en dehors de leur territoire. Et nombreuses étaient les causes de nullité qui se fondaient sur l'incompétence du curé ou du prêtre délégué qui avait assisté au mariage. Le décret *Ne temere* exige, à peine de nullité, la présence de l'ordinaire ou du curé du lieu où le mariage est contracté — ou d'un prêtre délégué par eux —, ainsi que de deux témoins. Sans doute, le décret demande bien que l'un des contractants ait dans ce lieu son domicile ou une résidence d'un mois — le Codex y a ajouté un quasi-domicile. Il prescrit aussi que le mariage soit célébré devant le curé de la fiancée. Pour les *vagi*, le curé du lieu de leur résidence assiste régulièrement à leur mariage, avec la permission de l'ordinaire. Mais il ne s'agit là que de conditions de licéité. Désormais, dans les limites de leur territoire, l'ordinaire ou le curé assistent valablement au mariage

fiancée qu'il a rendue mère est une cause de divorce véritable, tout de même que s'ils avaient été mariés selon le mode ordinaire, et entraîne les mêmes répercussions sur les biens de la communauté (a. 11). Ces dispositions ont disparu dans la loi du 11 juin 1920, pour laisser place à des dispositions qui ont le caractère d'une simple réparation.

de qui n'est pas leur sujet. Il suffit qu'ils aient pris possession de leur bénéfice ou de leur office, et qu'ils n'aient pas été atteints par une sentence condamnatoire ou déclaratoire de suspense, d'interdit ou d'excommunication. Mais, en dehors de leur territoire, ils ont besoin d'une délégation, même pour assister au mariage d'un de leurs sujets.

Le droit tridentin ne s'appliquait que dans les paroisses où il avait été publié, et dans ces territoires il obligeait dans tous les cas les sujets de l'Eglise latine, catholiques ou non. Le droit nouveau, promulgué dans le décret *Ne temere*, présente les caractères opposés. Il oblige tous les fidèles de l'Eglise latine, mais il admet, dans un certain nombre de cas précisés, des dérogations à l'obligation de contracter en la présence de l'ordinaire ou du curé du lieu, et il ne s'applique qu'aux mariages conclus par les catholiques latins, à l'exclusion des chrétiens hors de l'obédience de l'Eglise romaine. La nouvelle législation délimite exactement les personnes auxquelles elle s'applique. La législation tridentine s'appliquait à tous les chrétiens de rite latin du territoire dans lequel elle avait été publiée, et le mariage des protestants avait suscité de grandes controverses. Les mariages des protestants n'avaient été expressément exemptés de la loi de clandestinité que dans le canton de Montbéliard, dans les Pays-Bas, à la suite de la déclaration bénédictine, dans l'Allemagne depuis la constitution *Provida*¹, et dans la Hongrie, par extension de cette constitution². Au contraire, le décret *Ne temere* spécifie que les règles nouvelles sur la solennité ne visent en principe que les catholiques latins. Elles obligent au cas où l'une des parties contractantes a été baptisée et élevée dans l'Eglise catholique, ou, baptisée dans le schisme ou l'hérésie, s'est convertie au catholicisme. Ne sont donc pas astreints à la forme exigée

1. 18 janvier 1906, A. S. S., t. XXXIX, p. 81.

2. S. C. Sacr., 18 juin 1909.

par l'Église ceux qui, nés de non-catholiques, ont été baptisés dans l'Église catholique latine, et ont été élevés en dehors d'elle. Par contre, l'apostasie d'une personne qui a appartenu à l'Église catholique ne saurait l'exempter des règles de clandestinité.

Sous l'empire du droit tridentin, la nécessité de contracter en présence du *proximus parochus* ne s'appliquait que dans une partie de la chrétienté, dans les paroisses où le décret *Tametsi* avait été publié, et il fallait y ajouter toute l'Allemagne en ce qui concerne les mariages célébrés entre catholiques depuis le décret *Providendum* par Pie X le 18 janvier 1906, et la Hongrie depuis les décrets de 1908 et 1909. Dans tous les autres territoires, les mariages clandestins demeuraient valides. Bien plus, une personne qui avait un domicile ou un quasi domicile dans un lieu exempt communiquait cette exemption à l'autre partie, en se mariant avec une personne soumise à la loi de clandestinité. Il y avait seulement lieu à application de la *fraus legis*, quand l'un des contractants, qui n'avait ni domicile ni quasi domicile dans un lieu exempt, s'y transportait intentionnellement, afin d'échapper à la loi de clandestinité, sans y acquérir un domicile ou un quasi domicile véritable.

Le droit nouveau a une portée illimitée dans l'espace. Il s'applique dans toute la chrétienté à tous les catholiques latins depuis le 19 avril 1908. Pour toutes ces personnes un mariage clandestin, tel un mariage civil, ne saurait être autre chose qu'un simple concubinage. On ne peut même lui accorder la valeur d'un mariage apparent; il ne constitue même pas une présomption en faveur du mariage, et il n'est aucun besoin d'une déclaration émanée d'un juge du for externe pour en constater la nullité.

Désormais, au contraire de la discipline tridentine, une personne exempte ne communique plus son privilège à une personne qui y est soumise¹. La dérogation admise

1. *Ne temere*, XL, § 2; S. C. C., 28 mars 1906; C. I. C., C. 1099.

pour les mariages mixtes contractés par des sujets de l'Empire allemand et de la Hongrie (en comprenant toutes les terres qui y étaient rattachées : Transylvanie, Croatie, Slavonie et Fiume) avait été maintenue après la promulgation du décret *Ne temere*. La curie romaine l'interprétait d'ailleurs strictement en la refusant au profit de mariages entachés de disparité de culte, en exigeant que les personnes exemples fussent respectivement nées en Allemagne ou en Hongrie ¹ et contractassent mariage dans ce pays, avec une personne de ce pays. Elle n'a pas été retenue par le Codex et doit être considérée comme abrogée.

La discipline nouvelle a encore changé le caractère de la présence de l'ordinaire ou du curé. Dans la discipline tridentine, il suffisait que cette présence fût *humana et moralis*, qu'elle ne fût pas viciée par la violence ou la crainte; mais elle pouvait être purement passive. Le curé pouvait assister seulement à l'échange des consentements, sans rien dire, ni rien faire. Le décret *Ne temere* exige que le curé soit *invitatus et rogatus*, et qu'il demande et reçoive le consentement des contractants. Le Codex n'exige plus que le curé soit invité et requis; mais il reste que le caractère de cette assistance s'est transformé. Le curé qui assiste au mariage est devenu un témoin actif; de là découle l'invalidité des mariages de surprise, valables sous l'empire du droit tridentin.

Le droit nouveau exclut le mariage par lettre, qui était tenu pour valide jusqu'alors sous l'empire du droit tridentin ².

Le Codex a également réglementé le mariage conclu par procureur. Le mandat doit être spécial pour contracter avec une personne déterminée, signé par le mandant et par le curé ou l'ordinaire du lieu où le mandat est passé, ou par

1. S. C. C., 28 mars 1908; A. S. S., t. XLI, p. 288; S. C. Sacr., 18 juin 1909; A. A. S., 1909, p. 517.

2. Causa Ravennaten, 19 janvier 1910, A. A. S., 1910, p. 297.

deux témoins. Si le mandant ne sait pas écrire, on ajoutera un autre témoin. Le témoin ne doit avoir été révoqué, ni le mandant être tombé dans la démence ¹.

Le droit nouveau a conservé le *matrimonium conscientiae* avec les règles qui avaient été fixées par Benoît XIV ². Il est conclu avec l'assistance de l'ordinaire ou du curé du lieu et de deux témoins, et entraîne la promesse de garder le secret de la part du prêtre qui y assiste, des témoins, de l'ordinaire et même de l'autre conjoint, tant que le premier ne consent pas à la divulgation, et que celle-ci présente des inconvénients pour le prêtre délégué qui a assisté au mariage. Le mariage de conscience ne peut être permis que par l'ordinaire du lieu, à l'exclusion du vicaire général sans mandat spécial, et requiert une cause très grave et très urgente.

Au cas d'absence ou d'éloignement de l'ordinaire, du curé ou de leur délégué, ou en cas où leur accès n'était *nec tutus*, *nec securus*, dans un lieu où le décret *Tametsi* avait été publié, une jurisprudence constante des Congrégations romaines, qui remontait au début du ^{xvii}^e siècle, avait déclaré que les parties pouvaient contracter devant les seuls témoins. Un décret du Saint-Office de 1863 précisait même qu'il fallait y ajouter la prévision que cet état de choses durerait au moins un mois. Mais aucune législation générale n'avait été portée. De son côté, la doctrine avait construit la théorie de l'impossibilité commune, en exigeant pour l'exemption de la loi que l'absence ou l'éloignement du prêtre compétent se vérifiât pour tout un groupe d'habitants, ou pour tout un territoire, et d'une façon durable : la loi cessait alors d'obliger, dans la mesure où il était impossible de l'observer.

Le droit nouveau a prévu expressément des dérogations qui ont désormais la portée d'une loi générale. Les premiers schémas du décret *Ne temere*, qui semblent s'être inspirés

1. C. I. C., C. 1089.

2. Const. *Satis vobis*, 27 nov. 1741.

beaucoup plus de la doctrine que de la jurisprudence, proposaient de permettre la célébration du mariage devant les seuls témoins, au cas d'impossibilité commune, lorsque l'on prévoyait ne pouvoir célébrer le mariage devant le prêtre compétent avant une année ou un semestre, et, au cas d'impossibilité particulière, lorsqu'il y avait péril de mort imminent. La rédaction définitive du décret fit disparaître cette application de la théorie de l'impossibilité, qui, dans l'esprit du législateur, donnait un champ trop libre à l'interprétation doctrinale.

Au cas de péril de mort, les parties peuvent contracter devant un prêtre quelconque et deux témoins, pour le soin de leur conscience, et, s'il y a lieu, la légitimation de leurs enfants. En dehors du péril de mort, s'il arrive que dans une région on ne puisse avoir la présence du prêtre compétent et que cet état de choses dure depuis un mois, on peut contracter devant les seuls témoins. C'était, dans le premier cas, introduire une conception nouvelle de la solennité, qui devait jouer un rôle supplétoire et qui était la même que l'antique conception orientale : on requérait la présence d'un prêtre quelconque pour la validité du mariage. Une déclaration de la Congrégation des Sacrements ¹ vint atténuer cette règle, en décidant que ce prêtre quelconque pouvait accorder la dispense de l'empêchement de clandestinité, de sorte que le mariage était alors célébré devant les seuls témoins.

Le Codex a écarté cette conception subsidiaire de la clandestinité, vers laquelle le droit latin semblait s'orienter. Dans les deux cas où le droit nouveau prévoit l'exemption, si un prêtre est à la portée des contractants il doit assister au mariage, mais cette présence n'est nullement exigée à peine de nullité.

Pour être exempté de l'assistance du prêtre compétent, le Codex a précisé que dans ces deux cas il fallait qu'il ne pût

1. 31 janvier 1916, A. A. S., 1916, p. 36.

être présent ou qu'on ne pût aller le trouver *sine gravi incommodo*. C'était déclarer qu'on ne se tenait plus au seul cas de l'impossibilité commune. Mais la commission d'interprétation du Codex a déclaré que, de soi, le simple souci d'échapper à la célébration civile du mariage ne saurait suffire.

Au cas de péril de mort, le Codex a écarté les conditions supplémentaires exigées par le décret *Ne temere*. En dehors de ce cas, il a disposé qu'on devait prévoir prudemment que l'état de choses durerait dans l'avenir un mois ; c'était revenir à la conception du décret du Saint-Office de 1863.

VI

Le consentement matrimonial.

Par contre, à propos du consentement matrimonial, de son contenu, des conditions qui peuvent y être apposées, le Codex a consacré les règles qui avaient été dégagées par le droit classique.

Le Codex définit le consentement matrimonial un acte de la volonté par lequel chacune des parties contractantes donne et accepte un droit sur le corps, perpétuel et exclusif, en vue des actes normaux de la génération.

L'intention des contractants vise donc le droit à la *copula carnalis* en vue de la procréation et de l'éducation des enfants, que le Codex¹ déclare la fin première du mariage ; la fin secondaire est une aide mutuelle et le remède à la concupiscence. Ces fins secondes sont essentiellement subordonnées à la fin première ; le mariage ne peut leur être ordonné qu'en respectant l'ordination à la fin première. Les qualités essentielles du mariage sont l'unité et l'indissolubilité².

Le consentement matrimonial ne porte donc pas sur la

1. C. I. C., C. 1013, § 1.

2. C. I. C., C. 1013, § 2.

communauté de vie; elle est de l'intégrité, mais non de l'essence du mariage. Il ne consiste pas non plus dans la *copula* actuellement et explicitement consentie, mais sur le droit exclusif et permanent à la *copula carnalis*. Le Codex a consacré ici les principes qu'avaient dégagés les grands scolastiques.

Quelle connaissance du mariage est requise de chacune des parties contractantes pour que la rencontre de leurs consentements forme le contrat-sacrement? Certains auteurs pensent que les contractants ne doivent pas ignorer que le but du mariage ne peut être atteint que par l'union des corps, car, autrement, comment les contractants pourraient-ils se transférer un *jus in corpus*? Il suffit, semble-t-il, qu'ils sachent que le mariage est une société permanente entre l'homme et la femme, en vue d'avoir des enfants. C'est ce que déclare le Codex ¹, et ce qu'a décidé une sentence de la Rote du 29 novembre 1919 ². Il n'est donc pas nécessaire qu'ils sachent que cette société est perpétuelle et exclusive, pourvu qu'ils n'excluent pas ces qualités par un acte positif de leur volonté. Mais il n'y aurait pas consentement matrimonial, si l'un des conjoints entendait qu'il s'agit d'une conjonction précaire, ou d'une société purement amicale, ou s'il contractait dans la seule intention d'avoir une maîtresse de maison qui recevrait convenablement le monde ³.

Par contre, la croyance à l'existence d'un empêchement dirimant n'exclut pas nécessairement le consentement matrimonial ⁴.

L'ignorance de ce qu'est le mariage n'est plus présumée au for externe après la puberté. La preuve contraire pourra être apportée; mais il sera alors nécessaire de l'administrer.

La cause efficiente du mariage est le seul consentement de

1. C. 1082, § 1.

2. A. A. S., 1921, p. 54.

3. Vicariat apostolique de Suède, 19 août 1914, A. A. S., 1915, p. 51.

4. C. 1085.

présent, tel qu'il vient d'être défini. Ce consentement doit être personnel, libre, simultanément et légitime. Aucune puissance humaine, même l'autorité suprême de l'Église, ne saurait y suppléer¹.

Le droit canonique contemporain continue d'admettre que le consentement matrimonial puisse être affecté d'une condition, et a conservé là-dessus les règles du droit classique.

Une *conditio contra substantiam matrimonii* rend invalide le mariage; en effet, elle pose une notion qui est incompatible avec la notion même de mariage: elle ne saurait donc coexister avec le consentement matrimonial. Il en est ainsi quand, par un acte de volonté *prævalens*, l'une des parties en contractant pose une condition qui exclut le droit perpétuel et exclusif aux actes normaux de la génération. Mais il ne suffirait pas d'avoir l'intention d'assumer les obligations du mariage, tout en ayant le dessein dans l'avenir d'abuser des droits matrimoniaux; dans ce cas, il y aurait volonté *prævalens* de conclure un vrai mariage, et seulement une volonté secondaire d'en abuser, sans exclure le droit lui-même².

Pour invalider le mariage, il suffit que cette volonté *prævalens* d'exclure l'un des éléments de l'essence du mariage se rencontre chez l'un des contractants. Point n'est besoin d'un pacte entre les parties, comme la jurisprudence romaine a semblé un moment l'exiger.

La *conditio contra substantiam matrimonii* peut viser le *jus in corpus*³. Ainsi la condition « si generationem prolis evites »: si cette condition est posée pour un temps déterminé « post primum vel alterum filium », le mariage est nul, lorsque les contractants ont entendu restreindre leurs droits mutuels dans l'avenir, et n'ont pas eu seulement le dessein d'abuser de leurs droits.

Il y a condition contre l'unité du mariage quand est posée

1. C. 1081, § 1.

2. Gasparri, *op. cit.*, t. II, p. 81.

3. S. Rom. Rota, Parisien., 10 mai 1916.

la condition « *dummodo mihi liceat aliam assumere* », contre la fidélité conjugale lorsque se rencontrent les conditions : « *si pro quæstu adulterandam te tradas* », contre la perpétuité du mariage avec la condition « *donec aliam inveniam honoré vel facultatibus ditiozem* », ou avec la condition, plus fréquente, « *si fidelitatem servaveris, si adulterium non perpetraveris* »¹.

La condition « *contraho tecum, sed nolo sacramentum, et si sacramentum fieret, tunc nolo matrimonium* » n'exclut pas l'une des propriétés essentielles du mariage; mais comme entre baptisés tout mariage est sacramentel, elle rend par là **invalide le contrat-sacrement**.

Parmi les conditions *contra substantiam matrimonii*, faut-il admettre l'engagement pris par les contractants de garder la continence? S'il s'agit d'un simple pacte adjoint, de l'intention qu'ont les contractants de ne pas consommer le mariage, la validité du mariage ne peut être contestée. Mais la question est controversée quand il y a condition apposée. Des auteurs soutiennent que le mariage est valide, car il y aurait bien tradition du *jus ad copulam*; seul l'exercice de ce droit serait lié perpétuellement. L'époux qui aurait des relations avec une autre n'en commettrait pas moins un adultère, et si les époux se réunissaient, ils pècheraient non contre la chasteté, mais contre la religion, en violant leur vœu. Cette opinion se heurte à de graves objections. Qu'est-ce qu'un droit qu'on accorderait sous la condition de ne jamais l'exercer? N'est-ce pas exclure le droit lui-même? Et l'argument de Benoît XIV garde toute sa force : « *Matrimonii substantiæ non repugnat matrimonio non uti, sed uti non posse* »². Sans doute, l'un des contractants ou tous les deux peuvent avoir le propos de ne pas user du mariage, c'est-à-dire de ne pas exiger le devoir conjugal. Mais il est de l'essence du mariage, comme l'ont

1. S. C. Conc., 21 juin 1732; S. C. S. Off., 6 avril 1843, 24 janvier 1877; S. Rom. Rota, *Westmonasterien.*, 11 avril 1927.

2. *De Syn. diœc.*, lib. XIII, cap. XXII, n. 10.

dégagé les grands scolastiques, que chacun des contractants soit tenu de rendre le devoir conjugal, si l'autre l'exige, au point que Scot considère comme *contra substantiam matrimonii* la condition de ne rendre le devoir conjugal *nisi quando voluero* ¹. Un tel mariage ne saurait donc être tenu pour valable, même par faveur pour le mariage.

Au contraire, une condition simplement *turpis*, impossible ou nécessaire est tenue pour *non adjecta* : le mariage est valide, et le consentement matrimonial est considéré comme pur et simple.

La condition de *futuro* est admise, si son accomplissement ne dépend pas de la volonté d'un des conjoints. Une condition de *futuro* même simplement potestative doit être considérée comme *non adjecta* ; en effet la valeur d'un consentement de présent ne peut dépendre d'un événement futur qu'il est au pouvoir de la volonté d'un des conjoints de poser ou de ne pas poser, ce qui diffère d'une condition de présent dont l'accomplissement seulement dépend de la volonté du promettant, telle sa conversion ². Mais la condition de *futuro* peut consister dans l'accomplissement d'un événement qui dépend de la volonté d'une tierce personne, ainsi le consentement donné par le père ou l'un des parents du conjoint, et ceci est conforme aux règles du droit classique.

Dans le cas de condition de *futuro* apposée au consentement, l'existence du mariage est suspendue jusqu'à l'arrivée de la condition. Tant qu'elle ne s'est pas réalisée, il n'y a pas eu rencontre des deux consentements matrimoniaux ; le contrat-sacrement ne s'est pas formé, le consentement peut donc être révoqué, quoique illicitement.

A l'arrivée de la condition, le mariage est considéré comme formé rétroactivement lors de l'émission des consentements, de sorte qu'il n'est pas besoin de renouveler le consentement, sauf si le consentement a été donné sous la condition que le

1. Dauvillier, *op. cit.*, p. 87.

2. Causa Parisien., A. A. S., 1922, p. 515.

pape accorderait dispense d'un empêchement; dans ce cas, en effet, le mariage ne pourrait être conclu avant qu'ait été levé l'obstacle qui s'opposait à sa formation.

La condition de *praeterito* ou de *praesenti* est également reconnue valable; dans le cas où elle est apposée, le mariage est valable ou non, suivant que la condition est en fait réalisée ou défaillie.

Le droit classique considérait que la *copula carnalis* réalisée avant l'accomplissement ou la vérification de la condition constituait une présomption *juris et de jure* que les parties avaient renoncé à la condition pour contracter purement et simplement; et les canonistes y avaient vu un cas du *matrimonium præsumptum*. Cette présomption existe-t-elle encore aujourd'hui? La majorité de la doctrine tenait que cette hypothèse n'avait pas été visée par le décret *Consensus mutuus* et que c'était le seul cas du *matrimonium præsumptum* qui subsistât. Le droit nouveau n'a pas retenu cette disposition.

La *Rota Romana* a prononcé la nullité d'un mariage qui avait été conclu, dans un pays exempt de la discipline tridentine, sous la condition d'une célébration religieuse, et à la suite duquel la *copula* avait été extorquée. Mais il reste que la *copula* constitue, à défaut de présomption *juris et de jure*, une présomption *facti*, du fait de l'homme, de renonciation à la condition. La preuve contraire, très difficile à faire, est toutefois recevable. Cela nous paraît reposer sur le principe de la moralité, qui avait autrefois justifié l'admission puis le maintien du *matrimonium præsumptum*, qu'après avoir émis un consentement matrimonial on ne peut user du mariage, et le rompre ensuite à son gré, sous prétexte que le consentement était suspendu.

Le Codex n'a rien spécifié à l'endroit du défaut de consentement par suite de folie. Il va de soi que le mariage est nul, s'il y a obscurcissement de la raison tel qu'au moment de la célébration du mariage l'une des parties ne puisse avoir la connaissance de ce qui constitue la substance du contrat-sacrement.

Mais comment apprécier au for externe cet obscurcissement de la raison. Des canonistes s'en tiennent à la conception traditionnelle, d'après laquelle les fous peuvent valablement contracter dans un intervalle lucide, car on pense qu'ils ont alors recouvré toute leur raison. D'autres tendent plutôt aujourd'hui, à la suite de la science psychiatrique, à considérer qu'ils ne sont pas en état d'émettre un vrai consentement matrimonial, de même qu'au cas de demi-folie, d'idiotie, ou de monomanie. Au for externe, on présumera l'invalidité du consentement, au cas de doute sur l'état d'*amentia* au moment où l'*amens* a contracté mariage. Il semble en devoir être différemment au cas de folie temporaire, qui diffère de la folie proprement dite, et peut survenir chez certaines personnes à la suite d'un effort intellectuel trop violent.

Les canonistes distinguent trois hypothèses où est émis un consentement fictif : ou celui qui exprime extérieurement le consentement n'a pas l'intention de contracter, ou il n'a pas l'intention de s'obliger, ou il n'a pas l'intention d'exécuter son engagement. Le mariage est invalide dans le premier cas. Mais au for externe le consentement est toujours présumé conforme aux paroles ou aux signes qui expriment le consentement. Cette présomption cèdera devant l'administration de la preuve contraire : elle pourra résulter de l'aveu du simulateur, d'une cause manifeste, et des circonstances qui ont entouré cet acte, surtout si cet aveu est fait par serment, et immédiatement après.

Il y a intention de ne pas s'obliger, si l'une ou l'autre des parties exclut par un acte positif de volonté ou le mariage lui-même, ou tout droit à l'acte conjugal, ou une propriété essentielle du mariage. Il n'y a pas non plus dans cette hypothèse de consentement matrimonial, même s'il n'y a pas eu pacte entre les deux parties. Par contre, le mariage est valide si le contractant a eu l'intention de s'obliger, sans avoir l'intention de tenir les engagements qui découlent du mariage.

Le Codex déclare que, pour que la crainte rende invalide le consentement matrimonial, il faut qu'il s'agisse d'une

crainte grave, venant de l'extérieur, et injuste, à laquelle on ne peut se soustraire qu'en choisissant le mariage ¹. La crainte révérentielle peut être comprise sous ce chef, si elle réunit les conditions spécifiées par le Codex. Peu importe que les menaces portent sur la personne elle-même en cause ou sur ses proches. Il ne semble pas nécessaire que la crainte ait été inspirée en vue d'extorquer le consentement. Il suffit que dans l'intention de celui qui en est l'objet, il n'y ait pas d'autre moyen d'y échapper qu'en choisissant le mariage. On doit considérer à la fois objectivement la gravité du mal dont est menacée la victime et le caractère, le sexe, l'éducation, l'âge et les considérations subjectives qui ont pu l'amener à émettre le consentement qu'elle ne voulait pas poser ².

L'erreur et la violence rendent nul le consentement matrimonial. L'erreur de fait qu'a retenue le Codex concerne la personne ou, dans certains cas, la qualité de la personne. Il s'agit de l'erreur sur la qualité *si redundat in errorem personæ*. Il faut entendre par là l'erreur sur une qualité qui détermine l'individualité d'une personne déterminée (c'est l'exemple apporté par les canonistes classiques de la jeune fille qui entend contracter avec le fils de tel roi), et dans la jurisprudence de la *Rota Romana* on relève le cas de celui qui entend contracter avec la fille aînée de quelqu'un et qui contracte avec la cadette qui se fait passer faussement pour l'aînée. On peut aussi y ajouter une erreur portant sur une qualité déterminée qui a été posée comme condition *sine qua non*. C'est ce que saint Thomas entend par erreur *redundans in errorem personæ*.

L'autre cas d'erreur qu'a retenu le Codex est l'*error conditionis* : le cas où une personne de condition libre contracte avec une personne de condition servile, qu'il croyait de condition libre.

1. C. 1087.

2. Causa Tarvisien, A. A. S., 1912, p. 505.

VII

La notion du contrat-sacrement.

Dans la doctrine traditionnelle de l'Église, le mariage est un contrat, élevé à la dignité de sacrement, donc un contrat-sacrement, qui donne naissance à un lien permanent, d'où découle un ensemble de droits et de devoirs réciproques, c'est-à-dire à un état. Que l'état de mariage soit créé par un contrat, comme l'ont affirmé les papes et les théologiens, comme le Codex lui-même le déclare ¹, alors qu'il n'a pas recueilli l'expression de droit réel dont se sont servis les canonistes classiques pour caractériser les droits qui découlent du mariage, c'est ce qui a été vivement contesté à l'époque contemporaine. La controverse a été grande en Italie, où la conception contractuelle a été combattue par Marescalchi, Turchetti, Marchesini, Cembaldi, Cosentini, Vigliani, Foschini, Frere, Monaldi, Cicu, en France par Charles Lefebvre qui ont suivi la plupart de nos grands civilistes, en Allemagne par Moy, Lingg et par des canonistes comme Scherer, Schulte ou Laemmer ².

Ces esprits bien intentionnés se sont émus en entendant les partisans du divorce invoquer que le mariage n'étant qu'un contrat civil, il est comme tous les contrats susceptible de se défaire. Comment sauver le mariage? En abandonnant la notion de contrat, qu'on a rendue responsable de tout le mal, pour adopter une notion qui a connu un grand succès dans le domaine du droit public, celle de l'institution. Le mariage, disent-ils, ne doit pas dépendre de la seule volonté des contractants, ne peut être ramené à un ensemble d'obligations conventionnelles. Les époux se bornent, par un acte de volonté, à se

1. C. 1012.

2. On trouvera l'exposé de la controverse et la bibliographie dans Le Bras, *op. cit.*, col. 2288. Ajouter Renard, *Qu'est-ce que le mariage : institution ou contrat? Studi del. a G. del Vecchio*, 1931, t. 2, p. 346-358.

placer dans un système juridique, dans un statut qui dépasse leurs personnes, dont la constitution échappe entièrement à leur volonté. Que penser de cette nouvelle conception? Elle implique que les époux sont placés dans une situation légale ou statutaire vis-à-vis de laquelle ils n'ont pas de droit proprement dit, et sur laquelle l'État a tout pouvoir. Un statut n'a rien d'immuable, et l'État peut toujours le modifier. L'institution n'exclut donc nullement le divorce. Elle implique seulement que les époux ne peuvent divorcer de leur propre autorité; qu'il leur est nécessaire pour cela de recourir à la puissance séculière, ce qui est la conception actuelle du divorce dans les différents droits séculiers. L'État pourrait même à la rigueur placer les époux dans ce statut sans leur volonté, comme il pourrait sans leur volonté modifier ce statut, ou les en faire sortir. Était-il nécessaire pour aboutir à cela d'édifier un nouveau système? Les partisans de la doctrine institutionnelle protestent contre les conséquences qu'on peut tirer de la notion d'institution en invoquant le droit naturel. C'est avouer que leur système n'est pas plus capable que leur système contractuel de justifier l'indissolubilité du mariage. La seule justification de l'indissolubilité, comme des caractères spécifiques du mariage, repose sur le droit naturel et sur le caractère sacramentaire. La notion de contrat n'est pas opposée à la notion d'indissolubilité, pas plus qu'elle ne l'implique. Elle a l'avantage de rendre énergiquement compte de la nécessité de la rencontre des deux consentements individuels pour former le mariage. Et on trouve dans le mariage tous les éléments d'un contrat : deux parties; un objet matériel : les personnes; un objet formel : la communauté de vie; le consentement légitime; une cause : la procréation, et secondairement le secours mutuel et le remède à la concupiscence, l'obligation de fidélité et de service conjugal.

C'est pourquoi l'Église a gardé avec soin la notion de contrat, tout en déclarant qu'il s'agit là d'un contrat *sui generis* : bien que la liberté conserve un certain rôle, puisque

les parties peuvent apposer une condition ou y adjoindre des pactes, les droits que fait naître le mariage sont immuables, et ses effets essentiels ne dépendent pas de la volonté arbitraire des parties : « Les périls que l'on redoute de la liberté individuelle sont conjurés dès lors qu'on ne sépare point le sacrement du contrat. Et la doctrine de l'Église s'oppose avec une fermeté croissante à cette dissociation ¹ ».

VIII .

Les effets du mariage.

L'effet essentiel du mariage est de faire naître dans la personne de chacun des conjoints un droit perpétuel et exclusif en vue des actes normaux de la génération, droit que les canonistes classiques considéraient comme un droit réel, un *jus in re aliena*.

Le Codex, à la suite de toute la tradition chrétienne qu'exprimait avec force saint Jérôme, proclame l'égalité absolue des conjoints à cet endroit. En outre, et c'est là qu'il innove, il décide que les droits de chacun des conjoints commencent immédiatement dès que le lien a pris naissance. C'est la solution qu'avait proposée autrefois Huguccio, et qui découle de l'adoption de la théorie consensuelle du Lombard. Le système classique, qui était une synthèse du système consensuel et du système de Gratien, après avoir admis un instant que les droits ne prenaient naissance qu'à partir de l'union charnelle, qui devait être *voluntaria et gratuita*, s'était arrêté à un compromis, le *privilegium bimestris*. Les conjoints avaient un délai de deux mois, pendant lequel ils pouvaient se refuser à consommer le mariage et délibérer s'ils voulaient entrer en religion, ce qui avait pour effet de rompre le lien. Le Codex a abrogé le *privilegium bimestris* qui s'était maintenu à titre de survivance, et s'est arrêté à la stricte interprétation de la théorie consensuelle.

1. Le Bras, *op. cit.*, col. 2293.

Mais, si l'essence du mariage est le *jus ad copulam*, le droit canonique moderne n'a pas rejeté la conception, qui a été celle des Romains, de l'*individuitas vitæ*, qui est de l'intégrité du mariage. Le mariage entraîne donc l'obligation, qui est de droit naturel et d'ordre public, de la communauté de vie. C'est par elle que sera assurée l'éducation des enfants, que les conjoints se donneront mutuellement le secours et le réconfort réciproques, qui constituent la fin seconde du mariage. Le Codex ¹ dispose que les conjoints doivent garder la communauté de la vie conjugale, à moins qu'une juste cause, et donc une cause canonique, les en excuse.

C'est dans le mariage seul que sont procréés des enfants légitimes. Les enfants légitimes ² sont ceux qui sont nés ou conçus d'un mariage valide ou putatif, à moins que l'usage du mariage n'ait été interdit au temps de la conception par suite de la profession religieuse solennelle ou la réception d'un ordre majeur.

La légitimation résulte du mariage subséquent, même putatif, sans qu'il ait besoin d'être consommé. La seule condition posée est que les parents aient pu contracter mariage soit au temps de la conception, soit au temps de la grossesse, soit au temps de la naissance. Sur tous ces points le Codex rapporte les règles du droit classique.

IX

Les empêchements relatifs.

Les empêchements de mariage ont été retouchés profondément par le droit nouveau.

Le Codex a réalisé la réforme proposée au concile de Trente, que le concile avait finalement abandonnée : l'empêchement de consanguinité a été ramené du quatrième degré,

1. C. 1128.

2. C. 1114.

auquel il avait été fixé par le quatrième concile de Latran de 1215, au troisième degré; le mariage est donc permis désormais au quatrième degré, et même une parenté *in quarto gradu tangente tertium* ne dirime plus le mariage¹.

L'empêchement d'affinité a été modifié plus profondément, à la fois dans sa nature et dans son étendue. Il résulte désormais du *matrimonium ratum*, dès qu'il est formé par le consentement de présent, et non plus de l'union charnelle, ce qui entraîne disparition de l'*affinitas ex copula illicita*. D'autre part, son étendue a été restreinte; il a été disjoint de l'empêchement de consanguinité et ramené par le Codex du quatrième degré au second degré en ligne collatérale².

La notion d'empêchement d'honnêteté publique a été entièrement transformée. Elle excluait autrefois l'union charnelle dans tous les cas; aujourd'hui elle peut encore être contractée en dehors de l'union charnelle, mais provient ordinairement de la *copula illicita*. Le Codex la fait découler de deux sources : d'un mariage invalide, même pour défaut de consentement, consommé ou non, ou d'un concubinage public ou notoire, tel un mariage civil conclu entre personnes soumises à loi de clandestinité. Dans le droit classique, l'empêchement d'honnêteté publique provenait soit des *sponsalia* (et non seulement des *sponsalia* valides depuis le concile de Trente), soit du *matrimonium ratum*, qu'il fût valide ou invalide, pourvu que la nullité ne provînt pas d'un défaut de consentement. C'était un souvenir de l'indistinction primitive des *sponsalia* et du *consensus de presenti* dans la *desponsatio* que connaissait l'école bolonaise. La notion nouvelle répond encore en partie à l'ancienne conception, car l'empêchement peut encore découler d'un mariage non consommé au cas où il est invalide. Mais les fiançailles, dont le droit nouveau a consacré la décadence, ne font plus naître d'empêchement. Et l'affinité dans la conception nou-

1. C. 1076.

2. C. 1077.

velle naît du *matrimonium ratum* au cas où il est valide. Au cas de mariage invalide consommé, l'*impedimentum honestatis publicæ* remplace la conception ancienne d'*affinitas*, qui naissait de l'union charnelle.

Dans le droit ancien, un mariage nul pour défaut de consentement, qui n'était pas consommé, ne faisait pas naître d'empêchement. C'est un empêchement nouveau qui est créé par le Codex. Dans les autres cas, l'*impedimentum honestatis publicæ* a pris la place de l'*affinitas ex copula illicita* qui a disparu du droit nouveau. Mais sa portée a été restreinte, car il ne provient plus de toute union charnelle, mais seulement d'un concubinage public ou notoire.

L'étendue de cet empêchement a été fixée dans tous les cas au second degré en ligne directe, à l'exclusion de la ligne collatérale ¹.

L'empêchement de parenté spirituelle, démesurément étendu par les constructions des canonistes classiques, déjà restreint par le concile de Trente, a été réduit à sa principale expression. Il ne naît plus de la confirmation, mais seulement du baptême. Il a lieu, d'une part, entre le baptisé et le baptisant, qui peut être un laïc au cas de nécessité, d'autre part entre le sujet du baptême et le parrain ou la marraine. Le droit tridentin est abrogé en ce qui touche les père et mère du baptisé, qui, à l'égard du ministre du baptême ou du parrain, ne contractent plus de parenté ².

Le Codex a pris une attitude toute nouvelle à l'égard de l'empêchement de parenté légale qui provenait de l'adoption. Le droit classique avait canonisé le droit de Justinien en cette matière. Mais cela avait donné lieu à de grandes controverses entre canonistes, et la doctrine s'était arrêtée au parti de déclarer que cet empêchement existait, dans tous les pays où le droit civil admettait une adoption conforme au droit romain, qu'elle constituât ou non un empêchement

1. C. 1078.

2. C. 1079.

civil. Il y avait donc canonisation indirecte du droit civil, en tant qu'il admettait une adoption conforme au droit romain.

Le Codex a coupé court à tous ces détours, en procédant en cette matière à une canonisation directe et immédiate du droit civil, en tant que celui-ci institue ou non un empêchement dirimant¹. Cette canonisation affecte donc à la fois l'existence, la nature et l'étendue de cet empêchement. Ainsi cet empêchement n'aura pas lieu en Hollande, où il est ignoré du Code civil néerlandais. Il constituera un empêchement prohibitif en Allemagne où le *Bürgerliches Gesetzbuch* lui attribue ce caractère, et en France où la majorité de la doctrine le tient pour tel. En Italie et en Espagne, il sera considéré comme empêchement dirimant. Mais il n'en fait pas moins partie du droit canonique, il s'applique au nom de la souveraineté spirituelle de l'Église, si bien que pour les baptisés c'est à l'Église et non au pouvoir séculier qu'il appartient d'en dispenser.

L'empêchement de crime qu'a retenu le Codex présente une entière conformité avec l'ancien droit auquel le concile de Trente n'avait pas touché². Il provient soit du seul meurtre d'un conjoint par l'autre, en vue de conclure mariage avec un tiers — il est nécessaire que la mort s'en soit réellement suivie par le fait des deux complices, soit de conjugicide accompagné d'un adultère, soit d'un adultère avec promesse ou tentative de mariage. Peu importe que ce *matrimonium attentatum* soit invalide, ou même ne constitue pas un mariage apparent, comme l'est un mariage civil pour des personnes soumises à la loi de clandestinité. C'est ce que la jurisprudence de la Congrégation des Sacrements³ et la pratique de la Pénitencerie avaient établi.

Le Codex a enfin conservé l'*impedimentum raptus*, qui avait disparu dans le droit classique, pour être restauré par

1. C. 1080.

2. C. 1075.

3. S. C. de Sacr., 3 juin 1912, A. A. S., 1912, p. 403.

le concile de Trente. Le rapt de violence, fait en vue du mariage, le dirime aussi longtemps que la femme ravie demeure dans la puissance du ravisseur.

Le même canon assimile au rapt, qui d'après les interprètes comporte *traductio de loco ad locum*, la détention de la femme contre son gré, opérée en vue du mariage. Le Codex a tenu à préciser qu'il excluait de la notion d'empêchement le rapt de séduction, par lequel, au moyen d'une interprétation abusive du concile de Trente, les gallicans prétendaient dirimer les mariages conclus sans le consentement des parents.

X

Les empêchements absolus.

Le Codex a modifié profondément l'*impedimentum aetatis*. Jusqu'alors, en vertu des règles posées par le droit classique, l'âge requis pour contracter mariage était l'âge auquel le droit romain avait fixé la puberté, douze ans pour la femme et quatorze ans pour l'homme. Le Codex a relevé l'âge légitime qui apparaissait comme trop prématuré dans les pays occidentaux et dans les mœurs modernes, en le fixant à quatorze ans accomplis pour la femme et à seize ans accomplis pour l'homme ¹.

L'âge légitime ne constituait, suivant l'expression d'Hos-tiensis, qu'une présomption *juris et de jure* de la puberté. C'était une notion toute relative, *nisi malitia suppleat aetatem*; les *pubertati proximi* étaient capables de contracter valablement, si en fait ils avaient administré la preuve qu'ils avaient atteint la puberté physique. Dans le droit nouveau l'âge légitime devient, comme l'avait jadis considéré Azo, un empêchement absolu, qui ne peut être suppléé.

Le Codex a consacré l'*impedimentum disparitatis cultus*, qui jusqu'alors reposait sur la coutume; mais en même temps

1. C. 1067.

il a restreint considérablement la portée de cet empêchement, qui avait été fixée par Huguccio, à la suite du développement de la doctrine sacramentaire, et que Benoît XIV avait confirmée dans une cause célèbre. L'empêchement est restreint au cas où une des parties contractantes appartient au catholicisme par son baptême ou sa conversion et se marie avec une partie infidèle¹. Peu importe que la partie catholique ait apostasié, ou soit retournée au schisme ou à l'hérésie.

Désormais, un mariage conclu entre une partie non catholique et une partie infidèle est valide. C'est ainsi qu'ici encore le droit nouveau a établi une différenciation entre catholiques et chrétiens non catholiques que l'Église a exemptés d'un empêchement qui visait en droit classique tous les baptisés. La raison du changement de discipline tient à la bonne foi dans laquelle se trouvent généralement les conjoints non catholiques et à ce que la valeur du baptême conféré dans certaines sectes apparaît comme douteuse : le maintien de la législation aurait ainsi amené la nullité de nombreux mariages que les membres de ces sectes auraient conclus avec des membres d'autres sectes dans lesquelles on peut tenir le baptême pour valide.

Le Codex n'avait plus de raison de maintenir la discipline ancienne au cas où la valeur du baptême d'un des contractants apparaissait comme douteuse. Si, avant le mariage, on tenait les deux parties pour baptisées, et qu'on découvrit après la célébration que l'une ne l'était pas, le mariage devait être considéré comme valide, même au for interne². Au cas de doute de droit ou de fait sur la valeur du baptême de l'une des parties, avant la célébration du mariage, celui-ci devait encore être considéré comme valide, même si l'on découvrait dans la suite que l'une des parties n'avait pas été baptisée³. Le mariage était également valide s'il avait été contracté

1. C. 1070, § 1.

2. S. C. Conc., 4 mars 1737.

3. S. C. S. Off., 9 septembre 1868; S. C. S. Off., 17 novembre 1890.

entre deux parties hérétiques, dont on mettait en doute la valeur de leur baptême¹. Mais devait être regardé comme nul un mariage conclu entre un infidèle et un hérétique dont le baptême était douteux². La coutume qui, suivant l'expression de Gasparri, avait institué l'empêchement, en avait également fixé les limites.

Il en est désormais autrement dans le droit nouveau. Le Codex décide qu'au cas de doute présent sur la valeur du baptême, le mariage antérieurement contracté doit être présumé valide, mais il ne s'agit que de l'application de la *favor juris* à l'endroit du mariage, d'une présomption au for externe, qui cédera devant l'administration de la preuve contraire³.

Le Codex énonce quelques règles sur l'*impedimentum impotentiae*. Il précise que, pour dirimer le mariage, l'impuissance doit être antécédente et perpétuelle, mais que peu importe qu'elle provienne de l'homme ou de la femme, qu'elle soit absolue ou relative, qu'elle soit connue ou ignorée de l'autre conjoint⁴.

Comment apprécier exactement l'impuissance? Bien qu'il n'y ait pas accord entre les docteurs, il semble qu'il faille entendre par là l'impossibilité d'émettre une *vera copula perfecta* accomplie *modo naturali*, apte de soi à transmettre la vie; peu importe que la génération ne se réalise pas, s'il se rencontre un obstacle perpétuel et incurable qui provient des organes postvaginaux de la femme⁵. Tel paraît être le sens de la jurisprudence romaine la plus récente⁶. Le fait même d'avoir des enfants n'est pas une preuve irréfutable de

1. S. C. S. Off., 5 février 1851.

2. S. C. S. Off., 7 juillet 1880.

3. C. 1070, § 2.

4. C. 1068.

5. Gasparri, *op. cit.*, t. I, p. 345.

6. S. C. S. Off., 3 février 1887, 23 juillet 1890, 13 juin 1894, 31 juillet 1895; S. C. de Sacr., 2 avril 1907; Réponse de la Signature apostolique, 27 juin 1931.

la consommation du mariage. C'est pourquoi la *Rota Romana* a pu décider récemment dans plusieurs causes que le mariage n'avait pas été consommé, encore que la conception s'en fût suivie¹. En effet, la *copula* n'avait pas été *perfecta*, ni accomplie *modo naturali*.

L'opinion commune considère comme perpétuelle l'impuissance à laquelle il ne peut être remédié humainement par des moyens licites sans encourir un péril probable pour la vie.

Au cas de découverte d'une impuissance certaine, la jurisprudence du Saint Office² continue à appliquer la constitution de Sixte-Quint du 22 juin 1587; les pseudo-conjoints sont tenus de se séparer; la cohabitation fraternelle, qui avait été permise par le droit classique, n'est plus licite, à moins d'impossibilité morale, car elle expose au péril de l'incontinence.

Le droit nouveau ne connaît plus en cette matière la procédure de l'*experimentum triennale*, délai de trois ans fixé par le juge, ou compté à partir de la tentative de consommation du mariage, temps pendant lequel les conjoints devaient essayer de consommer le mariage. La dernière cause dans laquelle cette procédure a été prescrite date de 1817³. Elle n'est pas rappelée dans l'instruction du Saint-Office du 20 juin 1883, ni n'a été mentionnée par le Codex. Elle doit être considérée comme abrogée.

Par contre, l'antique procédure, d'origine franque, qu'est le *juramentum septimæ manus*, a subsisté dans la procédure en matière d'impuissance. On y recourt fréquemment quand on est en présence d'une veuve ou d'une *deflorata*, qui ne peut établir la non-consommation du mariage par l'*inspectio corporalis*.

Au for externe, le mariage est présumé consommé si les

1. Parisien., 17 août 1920, 3 août 1921; Veronen., 20 mars 1926.

2. S. C. S. Off., 8 mars 1900.

3. Forolivien., 20 septembre 1817.

contractants ont cohabité. Il ne s'agit que d'une présomption *iuris tantum*. La preuve de l'*impotentia* pourra résulter de l'*inspectio corporalis*, ou du fait que les contractants n'ont pu se rencontrer seuls depuis leur mariage.

La preuve est souvent difficile à administrer, et n'arrive pas à induire toujours une parfaite certitude à l'endroit de l'*impotentia* perpétuelle et antécédente de l'un ou de l'autre des contractants. Le développement qu'a reçu à l'époque moderne la dispense de mariage non consommé permet d'user alors d'une autre voie, qui évite de condamner les époux à une vie insupportable et sans espoir, et qui écarte ces réintégrations du premier mariage si, après nullité, l'impuisant consommait un second mariage, réintégrations qui avaient fort embarrassé les docteurs classiques et qui avaient pu paraître scandaleuses à nos anciens auteurs. Quand il est prouvé que le mariage n'a pas été consommé, et que l'impuissance apparaît comme douteuse, le Saint-Siège concède pour une juste cause la dispense de mariage non consommé. Si l'impuissance du mari paraît seulement probable, le rescrit a accoutumé de contenir la clause purement prohibitive : *Vetito viro transitu ad alias nuptias, inconsulta hac S. Congregatione*.

Le Codex a recueilli également l'*impedimentum ordinis* et l'*impedimentum voti*. La réception de l'ordre du sous-diaconat constitue un empêchement dirimant de droit ecclésiastique, qui repose sur la *constitutio Ecclesiæ*¹. Il est nécessaire, pour que l'obligation soit assumée, que l'ordination soit reçue valablement et librement. Une ordination reçue sous l'empire de la crainte n'entraînerait pas l'*impedimentum ordinis*, à moins que n'intervienne une ratification tacite par l'exercice de l'ordre². De même, des impubères recevraient valablement les ordres, mais ne seraient pas soumis à cet empêchement, à moins de ratification intervenant après la seizième année,

1. C. 1072.

2. C. 132, § 1; C. 214, § 1.

d'après les auteurs qui s'en tiennent au droit ancien, qui aurait subsisté après la vingt et unième, suivant d'autres auteurs¹.

Le vœu solennel de chasteté, émis par la profession solennelle dans un ordre religieux, dirime le mariage². Il en est de même du vœu simple, auquel le Saint-Siège a accordé la force de dirimer un mariage : il en est ainsi des vœux simples émis par les scolastiques de la Compagnie de Jésus, après deux ans de noviciat, en vertu de la bulle *Ascendente Domino* de Grégoire XI (25 mai 1584). La doctrine moderne fait reposer cet empêchement sur le droit ecclésiastique. L'ancien droit n'a pas été modifié, sauf que la profession solennelle tacite, qui résultait de la prise de l'habit de profès, a disparu, abrogée par Pie IX le 12 juin 1858.

XI

Les empêchements prohibitifs.

Le Codex a déterminé exactement le nombre et la portée des empêchements prohibitifs qu'il a maintenu. Ils émanent donc désormais du législateur, et non plus de la coutume et de la doctrine, qui avaient connu tant d'incertitudes. Le concile de Trente n'avait visé que le *tempus feriarum* ; c'était à la doctrine que continuait d'appartenir de fixer des empêchements prohibitifs, et de déclarer ceux qui devaient être considérés comme abrogés par la désuétude.

Parmi eux, le Codex n'a retenu que le vœu simple, l'adoption dans les pays où la loi séculière lui attache cet effet, et l'empêchement de religion mixte.

Le Codex³ énumère sous le premier chef les vœux simples de virginité, de chasteté parfaite, de célibat, de recevoir les ordres sacrés (qui dans l'Église latine comportent obligation

1. Ils raisonnent par analogie avec les CC. 573 et 975.

2. C. 1073.

3. C. 1058.

à la continence) et d'embrasser l'état religieux. Faut-il entendre que cet empêchement naît d'un vœu purement interne, qui n'a pas été manifesté extérieurement? Un tel vœu ne pourrait induire qu'un empêchement au for interne. En raison du doute de fait qui en résulte, la majorité de la doctrine incline à penser qu'en ce cas il n'y a pas d'empêchement.

L'empêchement procède-t-il du droit divin ou du seul droit positif? Des auteurs y voient encore un empêchement de droit naturel, bien que de droit naturel cet empêchement ne soit pas dirimant. Mais cette opinion ne peut plus être soutenue devant le fait des dispenses qui sont fréquemment accordées en cette matière.

Le droit frappe les profès qui ont émis des vœux simples perpétuels et qui contractent mariage d'une excommunication réservée à l'ordinaire ¹; les religieux qui contractent sont considérés comme exclus *ipso facto* et encourent une *irregularitas ex delicto*.

Le Codex a pour la première fois émis une réglementation minutieuse de l'*impedimentum religionis mixtæ* ². Jusqu'alors ses règles n'avaient pas été encore formulées par le législateur, mais émanaient seulement de la doctrine, et depuis le concile de Trente de la jurisprudence romaine. Les règles qu'édicte le Codex ne sont pas cependant nouvelles; elles se bornent à transformer en législation générale les règles formulées par le Saint-Siège dans nombre de décisions particulières au XVIII^e et au XIX^e siècle à l'occasion de l'octroi de la dispense.

Les papes du XVI^e et du XVII^e siècle s'étaient en effet montrés très sévères à cet endroit, beaucoup plus qu'en matière d'empêchement de disparité de culte; dans les rares circons-

1. C. 2388, § 2.

2. Arendt, *De exclusivo S. Officii compentia circa matrimonium*; Stutz, *Zum neuesten Stand des kathol. Mischeherechts im Deutschen Reiche*, Stuttgart, 1918; Eichman, *Das katholische Mischeherecht nach dem Codex juris canonici*, Paderborn, 1921.

tances où ils accordèrent la dispense, ce fut uniquement pour des causes d'intérêt public. C'est ainsi que dans la seconde moitié du xvi^e siècle, et encore au début du xvii^e, l'interdiction fut rappelée en France par de nombreux conciles locaux ou par les assemblées du clergé. Clément VIII interdit les mariages mixtes à tous les Italiens¹; Innocent X et Clément XI n'autorisent aucun mariage de religion mixte; en cas d'union projetée, ils exigent constamment une abjuration.

La sévérité de l'Église se relâche au xviii^e et au xix^e siècle; le Saint-Siège permet plus facilement ces unions, et dispense pour des causes d'intérêt privé. Une plus grande multiplication des mariages de religion mixte résulte de l'extension de l'exception tridentine accordée dans certains pays, à la fois aux mariages que les protestants contractent entre eux, et aux mariages qu'ils contractent avec les catholiques, *propter individuitatem contractus*. C'est ce que font Benoît XIV par la déclaration de novembre 1741, en faveur des Provinces unies, et Pie X dans la constitution *Provida*, pour l'Allemagne, puis la Hongrie.

Mais en même temps le Saint-Siège lutte contre le relâchement qui tend à s'introduire, contre les permissions abusives auxquelles certains évêques donnent les mains, contre la conception d'après laquelle la coutume qui a introduit l'empêchement ne serait pas universelle, l'aurait abrogé, en Allemagne par exemple. Les papes marquent constamment qu'il est nécessaire qu'intervienne une dispense pour rendre licites de tels mariages, et que si cette dispense est maintenant accordée plus facilement, elle exige comme condition *sine qua non* certaines garanties. Urbain VIII, en accordant, à titre exceptionnel — nous étions encore dans la période de sévérité — et pour la première fois, une dispense en faveur d'Henriette de France et de Charles I^{er}, pose comme condition que tout péril de perversion sera écarté, que la partie catholique sera assurée de

1. *Cum sicut*, 26 juillet 1596.

pratiquer sa religion, que tous les enfants seront élevés dans la religion catholique jusqu'à l'âge de douze ans. Benoît XIV, en se montrant plus favorable à la concession des dispenses, maintient énergiquement les conditions auxquelles elles seront accordées. Tout péril de perversion sera écarté, le conjoint catholique devra travailler à la conversion de l'autre, et enfin tous les enfants devront être élevés dans la religion catholique ¹. Et les papes lutteront pour le maintien de cette condition jugée nécessaire, à la fois contre le laxisme de l'épiscopat de certains pays et contre les exigences contraires des pouvoirs séculiers. C'est ce qui apparaît dans la lettre de Clément XIII au cardinal de Rohan (16 nov. 1763), de Pie VI au cardinal de Malines (13 juill. 1782), dans le long conflit qui oppose Frédéric Guillaume III à Pie VIII et à Grégoire XVI sur les mariages mixtes en Rhénanie. Le Saint-Siège tolère seulement en certains cas, où les curés sont astreints par le pouvoir séculier à assister aux mariages mixtes et ne peuvent obtenir de garanties, qu'ils prêtent une assistance purement passive ². Pie VII repousse même cette tolérance ³. Pie VIII l'admet dans son bref du 25 mars 1830 à l'archevêque de Cologne mais spécifie que les garanties doivent toujours être demandées.

Le Codex s'est donc borné en cette matière à consacrer une jurisprudence déjà établie par le Saint-Siège. Les garanties exigées pour la dispense sont au nombre de trois. La partie non catholique doit donner la promesse d'écarter le péril de perversion du conjoint catholique. Les deux parties doivent promettre d'élever tous leurs enfants dans la religion catholique ⁴. Il ne doit enfin y avoir, ni avant, ni après le mariage

1. *Magna nobis admirationis*, 29 juin 1748; *Ad tuas manus*, 8 août 1748.

2. Instruction de Pie VI du 19 juin 1793 pour le duché de Clèves; rescrit de Pie VI de 1795 pour certaines régions de la Hongrie.

3. Lettres au vicaire capitulaire de Trèves du 23 avril 1817, à l'archevêque de Mayence du 8 octobre 1803.

4. C. 1061, § 1.

célébré devant le ministre catholique, une autre cérémonie devant le ministre non catholique ¹. Cet acte constituerait en effet une *communicatio in sacris* avec une secte hérétique ou schismatique. Il est réprimé par une excommunication *latæ sententiæ*; cette excommunication empruntée à l'ancien droit, confirmée par une déclaration du Saint-Office du 22 mars 1879, interprétant la bulle *Apostolicæ Sedis*, était spécialement réservée au Saint-Siège; depuis la promulgation du Codex, elle est seulement réservée à l'ordinaire. Le Codex, consacrant un décret du Saint-Office du 12 déc. 1888, précise qu'il n'interdit pas aux conjoints de se présenter devant le ministre non catholique remplissant les fonctions d'officier de l'état civil ²; c'est ce qui était obligatoire autrefois en Russie, aujourd'hui encore en Serbie et en Grèce.

La même excommunication frappe ceux qui se marient en concluant un pacte explicite ou implicite d'élever tout ou partie de leurs enfants en dehors de la religion catholique, et les contrevenants doivent en outre être considérés comme suspects d'hérésie.

Les conditions imposées sont nécessaires, et la sévérité de l'Église à cet endroit tient à ce qu'elle considère l'*impedimentum religionis mixtæ* comme un empêchement de droit divin tant que le péril de perversion n'est pas écarté. Elle ne se reconnaît pas le droit de dispenser si les conditions ne sont pas données sérieusement; une dispense accordée dans ces conditions serait nulle et un obstacle insurmontable s'oppose alors au mariage.

Après dispense obtenue, le mariage mixte ne doit comporter aucun rite sacré, sauf en des circonstances particulières qu'il appartient à l'ordinaire d'apprécier; mais le sacrifice de la messe doit toujours être exclu. Dans le diocèse de Paris, en vertu d'une coutume centenaire confirmée par un *oraculum vivæ vocis* de Benoît XV au cardinal Amette, il est toléré de célébrer la messe après l'échange des consentements.

1. C. 1063, § 1.

2. C. 1063, § 3.

L'empêchement de religion mixte s'entend d'un mariage contracté avec une personne qui adhère à une secte hérétique ou schismatique. Mais on peut considérer comme le prolongement de cet empêchement diverses dispositions recueillies par le Codex au cas où l'une des parties contractantes est apostat, ou membre d'une société condamnée par l'Église. Le curé ne doit assister au mariage qu'avec la permission de l'ordinaire du lieu ; elle ne sera accordée que pour une cause grave, et avec la certitude morale que les enfants seront élevés dans la religion catholique et que sera écarté le péril de perversion pour le conjoint catholique¹. Les principes sont donc les mêmes qu'au cas de mariage de religion mixte proprement dit, mais les garanties ne sont pas précisées aussi strictement.

La permission de l'ordinaire et une cause grave sont aussi requises pour l'assistance au mariage d'un pécheur public, ou d'une personne frappée notoirement d'une censure ecclésiastique qui refuse de se réconcilier avec l'Église².

Le Codex a encore conservé l'*interdictum Ecclesiæ*. L'évêque peut en user pour ses sujets dans un cas particulier, mais seulement pour une durée limitée, et pour une juste cause qui persiste. Seul le Saint-Siège peut ajouter à cette défense la clause irritante³.

XII

La dispense des empêchements.

Dans l'Église latine le Saint-Siège s'est réservé le pouvoir de légiférer en matière matrimoniale ; il en découle qu'à lui seul appartient le pouvoir de dispenser des empêchements, comme l'affirmait jadis Boniface VIII. Les autres personnes de la hiérarchie ecclésiastique ne jouissent de ce pouvoir qu'à titre délégué, que la délégation soit *a jure* ou qu'elle pro-

1. C. 1065.

2. C. 1066.

3. C. 1039.

cède d'indults. Il en résulte qu'une dispense sans cause accordée par le Saint-Siège serait valable; elle serait nulle, émanant d'une autre autorité dans l'Église. Depuis la réorganisation de la curie romaine, les organes par lesquels le Saint-Siège exerce ce pouvoir sont : pour le for externe, le Saint-Office en ce qui regarde les empêchements de disparité de culte et de religion mixte, la Congrégation des Sacrements au regard des autres empêchements; la Congrégation des Religieux dispense du vœu de chasteté émis par les religieux, la Congrégation *pro Ecclesia orientali* est compétente pour accorder toutes les dispenses où est impliquée une partie de rite oriental, réserve faite de la compétence du Saint-Office. La Pénitencerie dispense de tous les empêchements, mais seulement au for interne, soit sacramentel, soit non sacramentel. Ce pouvoir de dispense s'étend à tous les empêchements de droit positif. Mais il est exclu à l'égard des empêchements à propos desquels l'Église se borne à exprimer le droit naturel; il en est ainsi de la consanguinité en ligne directe, de l'impuissance antécédente et perpétuelle, de la disparité de culte ou de l'empêchement de religion mixte au cas où le péril de perversion est certain, ou encore de l'empêchement de lien. L'Église ne dispense jamais des empêchements à propos desquels on discute s'ils sont ou non de droit naturel : tel le premier degré de consanguinité en ligne collatérale. Le Saint-Siège ne dispense jamais de certains empêchements le droit positif : de l'épiscopat, du crime public de conjugicide, du premier degré d'affinité en ligne directe après consommation du mariage. Il lui arrive très rarement d'accorder dispense des empêchements de rapt, d'âge, ou d'ordre de la prêtrise. Il dispense rarement de l'empêchement de crime occulte provenant de la machination de conjugicide, de l'empêchement résultant du diaconat ou de la profession religieuse.

Une innovation du Codex a accordé largement le pouvoir de dispense aux ordinaires ou même aux curés et aux confesseurs, dans des cas de péril de mort. Ces pouvoirs de dispense avaient été exercés jusqu'alors par les ordinaires en

vertu d'indults ; la pensée du législateur a été d'accorder un large pouvoir de dispense, pour les deux fors, à l'ordinaire, et de supprimer toutes les délégations jusqu'alors fort nombreuses : elles devaient désormais n'être accordées qu'exceptionnellement, quand des circonstances toutes particulières le justifieraient.

Les canonistes actuels tiennent ce pouvoir pour ordinaire, et non pas délégué. Mais il faudrait se garder de conclure que le Saint-Siège aurait renoncé à proclamer son pouvoir exclusif de dispense, qui découle de son pouvoir exclusif de législation dans l'Eglise latine, pour le restituer aux évêques, tel qu'ils l'exerçaient avant Innocent III. Il s'agit en réalité d'un pouvoir délégué au sens que lui donnait l'ancienne terminologie du droit canonique. L'ancien droit réservait le nom de pouvoir ordinaire à celui qui découle de la nature de l'office, au pouvoir qui lui est en quelque sorte essentiel et connaturel. Le Codex appelle pouvoir ordinaire celui qui est annexé à l'office *ipso jure*¹ ; ce pouvoir peut être soit propre — c'est l'ancien pouvoir ordinaire, soit vicairie — c'est ce qu'on nommait pouvoir délégué *a jure*. Le pouvoir de dispense qu'accorde le Codex à l'ordinaire ne saurait s'entendre que d'un pouvoir ordinaire vicairie. Et le Saint-Siège a rappelé que ce pouvoir devait être interprété strictement, et ne saurait être étendu en dehors des cas pour lesquels il a été prévu.

Non seulement l'ordinaire peut dispenser au cas de doute de fait ou de vœux non réservés, mais au cas de péril de mort il a le pouvoir de dispenser de la forme dans laquelle le mariage doit être célébré, et de tous les empêchements de droit positif, publics ou occultes. Ne sont exceptés que l'empêchement provenant de l'ordre sacerdotal, ou de l'affinité en ligne directe, après consommation du mariage. Deux causes sont assignées à l'octroi de cette dispense : le souci de la conscience et, s'il y a lieu, la légitimation des enfants.

L'ordinaire obtient aussi le pouvoir d'accorder les mêmes

1. C. 197.

dispenses toutes les fois qu'un empêchement est découvert, alors que le mariage est prêt à être célébré et ne peut être différé sans péril ou grave inconvénient. Seule, la forme de célébration du mariage n'est pas comprise dans le pouvoir de dispense, à la différence du premier cas.

Un décret de la S. C. Consistoriale du 25 avril 1918 a abrogé tous les pouvoirs qui avaient été délégués au for externe, et cela à dater de l'application du Codex (19 mai 1918). Cette mesure laissait subsister les délégations accordées au for interne par la Pénitencerie à l'endroit de l'*impedimentum criminis*. En outre, s'il est vrai que la Consistoriale et la Congrégation des Sacrements n'accordent plus des pouvoirs aussi larges à tous les ordinaires indistinctement, un décret de la Consistoriale du 25 avril 1918 a laissé aux ordinaires d'Amérique, des îles Philippines, des Indes orientales, de l'Afrique (en dehors des rivages de la méditerranée) et de la Russie le pouvoir de dispenser de tous les empêchements d'ordre mineur, et même d'ordre majeur, si la supplique a déjà été envoyée et s'il y a urgente nécessité. Le Saint-Office accorde encore délégation de dispense de religion mixte et de disparité de culte pour un nombre de cas déterminés; en outre, la Propagande accorde toujours de très larges pouvoirs aux ordinaires des pays de mission, et la Secrétairerie d'État ou la Consistoriale en accordent de même aux nonces, aux internonces et aux délégués apostoliques. Les délégations de dispense n'ont donc pas disparu, et subsistent, quoique moins répandues, à côté du pouvoir ordinaire vicairal dont jouit maintenant l'ordinaire.

Le Codex ne s'en est pas tenu là, et accorde, au cas de péril de mort, le même pouvoir dont jouit l'ordinaire au curé lorsqu'on n'a pas le temps de recourir à l'ordinaire; le curé peut encore dispenser de tous les empêchements occultes, quand tout est prêt pour la célébration du mariage, qu'on ne peut la différer sans grave inconvénient et qu'on ne peut recourir à l'ordinaire. Bien plus, au cas de péril de mort, ou l'imminence de la célébration du mariage, ou pour la consolidation d'un mariage déjà contracté, le confesseur et le prêtre

qui assiste à la célébration du mariage jouissent des mêmes pouvoirs que le curé au for interne sacramentel — c'est le cas du confesseur s'il n'assiste pas au mariage — ou encore en dehors du tribunal de la pénitence; dans ce dernier cas la dispense est inscrite dans le livre secret de la curie épiscopale, pour le cas où l'empêchement serait divulgué; on doit donc ici la regarder comme accordée au for externe.

La dispense d'un empêchement occulte concédée au for interne non sacramentel est censée donnée pour les deux fors; il n'est pas besoin dans l'avenir d'une dispense au for externe si l'empêchement devient public. Au contraire, parce que le secret du sacrement s'oppose à ce qu'on puisse noter ou même révéler une dispense accordée au for interne sacramentel, une dispense au for externe est alors nécessaire si l'empêchement devient public.

XIII

La dissolution du lien du « *matrimonium ratum et non consummatum* ».

Le Codex a conservé les deux modes de dissolution du *matrimonium ratum et non consummatum* : le lien est rompu, soit *ipso jure* par la profession religieuse solennelle, soit par dispense accordée par le Saint-Siège¹.

Mais, pour le premier cas, l'intervention du Saint-Siège est désormais nécessaire. Le Codex dispose en effet qu'une personne mariée, tant que dure son mariage, ne peut être valablement admise au noviciat². Le Saint-Siège accordera donc à l'homme ou à la femme la permission de faire son noviciat. Le mariage ne sera dissous, et l'autre conjoint libre de se remarier, que lorsque le premier aura émis la profession religieuse solennelle.

Le second mode de dissolution, que la pratique du droit

1. C. 1119.

2. C. 542, § 1.

classique a ignoré, a pris une grande extension dans le droit contemporain ¹. Le Codex a consacré législativement le pouvoir du pape de dissoudre un mariage non consommé, pouvoir qui jusqu'alors n'avait été affirmé que par la doctrine, par la pratique pontificale depuis le ^{xv}^e siècle et par la jurisprudence moderne des Congrégations romaines. Ce pouvoir n'appartient qu'au Souverain Pontife et est exercé par l'intermédiaire de la Congrégation des Sacrements.

En vertu de quel pouvoir le pape exerce-t-il cette faculté? La doctrine contemporaine a abandonné la conception d'après laquelle le *matrimonium ratum* n'existerait qu'en vertu du droit positif de l'Église. Ce mariage tient son existence du droit naturel et est en outre sacramentel; il revêt donc une certaine indissolubilité, mais non une indissolubilité parfaite. En prononçant la rupture du lien, le pape n'use donc pas de son pouvoir ordinaire, purement ecclésiastique, mais d'un pouvoir ministériel ou vicaire, qui est d'après Billot le pouvoir des clefs. Cette conception dégagée pour la première fois par Innocent III et Richard de Médiavilla constitue la *communis opinio doctorum* d'aujourd'hui. La conséquence en est qu'une dispense de mariage non consommé accordée sans juste cause serait nulle, alors que le pape, mais non une autorité déléguée, peut dispenser valablement sans cause dans le domaine du droit positif. Il n'est pas nécessaire que cette cause soit d'intérêt public; il suffit qu'elle soit juste et proportionnée, telles qu'une animosité entre les conjoints ou la crainte d'une future discorde.

Le Codex, qui précise que la dispense de mariage non consommé requiert une juste cause, ajoute que cette rupture du lien est accordée à la demande des deux parties, ou d'une seule des parties, même si l'autre n'y consent pas. Il ne s'agit pas d'un droit qui appartient à chacun des conjoints, comme lorsqu'on demande de constater la nullité d'un mariage, mais

1. Viscont, *Tractatus canonicus de matrimonio rato et non consummato*, Jus Pontificium, 1928.

d'une faveur qu'il appartient au Saint-Siège d'accorder ou de repousser. Des tiers autres que les conjoints eux-mêmes pourraient-ils demander au Saint-Siège de dissoudre un mariage non consommé? La Congrégation du Concile¹ avait autrefois repoussé la requête émanant du père de la femme mariée. Le Codex spécifie que seuls les conjoints ont le droit de demander la dispense de mariage consommé², et la pratique romaine s'est toujours tenue strictement à cette règle. Mais cette jurisprudence laisse intacte la question de savoir si le pape pourrait dissoudre un mariage non consommé, sans que l'un des conjoints le demandât. Wernz le nie, en invoquant que cela est contraire à la pratique romaine, et que dans ce cas on ne pourrait alléguer l'existence d'une cause juste et proportionnée. Ces arguments ne semblent pas péremptoires, et plus juste semble la pensée de Cappello d'après lequel cette cause se rencontrerait dans certains cas exceptionnels, dans l'hypothèse par exemple de grave scandale et de cause grave et urgente dans la personne d'un tiers. Et il rapporte cette cause, qui s'est présentée à la curie romaine : Primus, étant absent, avait contracté mariage par procuration avec Secunda; celle-ci, après avoir attendu vainement l'arrivée de son mari, se met à vivre dans le désordre. Primus, qui apprend la chose, contracte un mariage religieux et civil avec Tertia, à qui il cache son premier mariage. Au su de la nullité de son union, Tertia se sépare de son pseudo-conjoint, mais est contrainte par l'autorité séculière de revenir à celui qui était son mari aux termes du droit séculier. Tertia s'adresse au Saint-Siège, qui répond qu'il convient de décider l'un des conjoints à demander la dispense de mariage non consommé, ce qui permettait la revalidation du second mariage. Mais tous deux s'y refusent, dans l'intention d'empêcher l'autre de contracter à nouveau. On agitait la question de savoir s'il convenait d'accorder la dispense de mariage non consommé, pour apaiser la

1. 15 mars 1727.

2. C. 1973.

conscience de Tertia, qui avait été trompée par le dol de son pseudo-conjoint, quand la mort de cette dernière empêcha cette question de recevoir sa solution.

XIV

L'indissolubilité du « *matrimonium ratum ac consummatum* ».

Le Codex affirme la doctrine de l'indissolubilité absolue du *matrimonium ratum ac consummatum*, qui ne peut être dissous par aucune puissance humaine et pour aucune cause, si ce n'est par la mort.

Après *matrimonium ratum ac consummatum*, le lien demeure toujours; seuls les rapports conjugaux cesseront au cas de séparation de corps, ou seront interdits après *conversio conjugatorum*.

Le droit nouveau oppose deux sortes de séparations de corps, dont les effets sont bien différents; d'une part, la séparation de corps pour cause d'adultère, de l'autre, la séparation de corps pour diverses autres causes; et à ce propos il convient d'examiner si l'on doit compter parmi elles l'accord de volontés des conjoints¹.

Le Codex a recueilli, au cas de *divortium quoad thorum* pour cause d'adultère, les règles qui avaient été posées par les décrétales et les docteurs de l'époque classique. L'adultère doit avoir été consommé par l'union charnelle. On assimile à l'adultère la sodomie et la bestialité. L'adultère doit en outre être formel, ce que saint Bonaventure appelait *culpabilis*, être accompagné d'un consentement intérieur et ne pas être intervenu à la suite de l'erreur ou de la violence. Le conjoint innocent ne doit pas y avoir donné lieu, soit directe-

1. Le Picard, *La communauté de la vie conjugale, Obligation des époux*, Paris, 1929; — Richardot, *Les pactes de séparation amiable entre époux*, Paris, 1930.

ment en y donnant les mains ou en y consentant, soit indirectement en refusant le devoir conjugal, en abandonnant la vie commune ou en laissant sans ressources son conjoint. Il ne doit pas être compensé par le crime de l'autre partie : au cas d'adultère mutuel, chacune des parties a perdu le droit de demander la séparation de corps. Enfin, en accordant condonation, le conjoint innocent perd le droit de requérir la séparation. Ce pardon peut être exprès ou tacite. Il y a pardon tacite lorsqu'après avoir eu connaissance de l'adultère, le conjoint innocent continue librement et spontanément la vie conjugale; cette condonation est présumée un for externe, si au bout de six mois, après avoir eu connaissance du délit, la partie innocente n'a pas expulsé ou abandonné la partie coupable ou n'a pas intenté d'action¹. La doctrine n'y voit qu'une présomption *juris tantum*, qui cède à l'administration de la preuve contraire, par exemple si la prolongation de la vie conjugale a été imposée par la violence ou la crainte.

La séparation de corps pour adultère revêt ce double caractère d'être perpétuelle, et de ne pas requérir nécessairement l'intervention de l'autorité ecclésiastique. Le Codex reconnaît au conjoint trompé le droit d'instituer une séparation de corps perpétuelle; rien ne l'oblige, en stricte justice, sinon en charité, à reprendre la vie commune. D'autre part, il conserve toujours le droit de contraindre l'autre partie à reprendre la vie commune; en effet, c'est en faveur du conjoint innocent qu'est institué le droit de demander la séparation de corps. Il y a exception au cas où le conjoint adultère a embrassé un état incompatible avec la vie conjugale, en recevant les ordres ou en entrant en religion. Mais, pour ce faire, il faut le consentement de la partie innocente, qui ne peut être expropriée de son droit de se réconcilier avec la partie coupable.

Le conjoint innocent pourra-t-il instituer la séparation de sa propre autorité privée? Le Codex n'a pas tranché la ques-

1. C. 1129.

tion, tout en déclarant que la séparation pouvait intervenir dans ce cas, soit en vertu de la sentence du juge, soit en vertu de sa propre autorité¹. La doctrine n'a pas réalisé l'unanimité sur ce point. Vidal permet à l'époux innocent d'instituer une séparation d'habitation, même de son autorité privée, en cas d'adultère certain. Quelle règle adopter? Il semble préférable, en se conformant à l'ancien droit, qu'un courant doctrinal avait maintenu, de décider qu'en ce qui concerne la séparation de toit ou d'habitation, qui regarde le for externe, on ne peut l'établir d'autorité privée que lorsque l'adultère est non seulement certain, mais encore notoire; le caractère indiscutable de la faute justifie alors la séparation d'autorité privée. Mais au cas d'adultère occulte, l'intervention de l'autorité ecclésiastique sera nécessaire au for externe. Il reste qu'au for interne, où s'applique la règle *frangenti fidem non est fides servanda*, le conjoint innocent peut, dès qu'il est certain de l'adultère, établir une *separatio thori*, sans pouvoir instituer de sa propre autorité une *separatio tecti*. Car l'obligation d'habitation revêt un caractère d'ordre public; l'intervention de l'autorité est donc nécessaire pour l'écarter.

Toute différente est la séparation de corps qu'autorise le Codex pour les autres causes que l'adultère. Elle présente un caractère essentiellement temporaire; elle peut être prononcée à temps, mais, même si elle n'est pas prononcée pour une durée déterminée, la vie commune doit être rétablie, dès que la cause qui motivait la séparation cesse d'exister. Cette séparation est normalement prononcée par l'ordinaire; s'il l'a édictée pour une durée indéterminée, il devra intervenir à nouveau pour prescrire le rétablissement de la vie commune. Le conjoint innocent peut l'établir d'autorité privée, s'il y a péril en la demeure.

D'où vient cette dualité des modes de séparation de corps? Alors que se maintenait, avec tous ses caractères, la sépara-

1. C. 1130 et 1131.

tion de corps pour adultère de droit classique, cette seconde institution apparaît comme résultant de la fusion de la séparation de corps pour cause de fornication spirituelle, qu'avait connue le droit classique avec ce caractère temporaire, et en même temps de cette *separatio quoat bona salvo jure thori, quoad bona et mutuam servitutem*, qu'avait créée la pratique des officialités françaises au xiv^e siècle et que le travail de M. Richardot a mise en lumière. A partir du xvii^e siècle la séparation d'habitation entraîne la suspension du devoir conjugal ; rien ne la distinguait plus dans ses effets du *divortium quoad thorum* pour cause d'hérésie ou d'apostasie.

Pour quelles causes cette seconde sorte de séparation de corps peut-elle être prononcée ? Le Codex cite l'adhésion à une secte non catholique, l'éducation non catholique des enfants, une vie criminelle et basse, un grave péril à l'âme ou au corps de l'autre conjoint, des sévices qui rendent trop pénible la vie commune. Il en est ainsi si l'un des conjoints expose l'autre à un péril prochain de tomber dans les fautes contre la foi ou la chasteté ; ou l'un des époux est en état de démence, ou expose l'autre à la contagion d'une maladie de nature grave dont il est affecté par sa faute. Cette énumération n'est pas limitative : la jurisprudence a admis l'abandon malicieux d'un conjoint par l'autre, des disputes continues, une aversion et une haine invétérée entre les conjoints. Mais la *Rota Romana*, fidèle à la jurisprudence de la Congrégation du Concile, s'est efforcée de maintenir ces causes dans une limite raisonnable ; la *separatio thori* apparaît comme l'*ultimum remedium*, là où une caution serait inefficace. Une raison sérieuse ne saurait suffire. Et elle a déclaré qu'il convenait de se montrer plus exigeant qu'en matière de dispense de mariage non consommé, même qu'au cas de nullité de mariage : ici, en effet, comme la validité et l'indissolubilité du mariage est certaine et incontestée, c'est tout l'ensemble du droit qui déclare que la communauté conjugale ne peut être disjointe, s'il n'est irréfutablement

démontré qu'il y a une cause canonique de séparation¹.

Parmi les causes de *divortium thori* faut-il placer le *mutuus consensus*? Le droit contemporain admet-il la séparation de corps consensuelle? La controverse a été récemment renouvelée² et les deux thèses opposées ont été soutenues avec une égale éloquence. Des esprits, surtout théologiens, qui envisageaient principalement le for interne, ont été amenés à faire du *mutuus consensus*, qui n'était qu'une condition de la *conversio conjugatorum*, une cause autonome de séparation que pouvait légitimer une raison quelconque, du moment qu'elle fût honnête. C'est dans cette voie que s'était engagé Laymann; il avait été suivi par Busenbaum, saint Alphonse, Gury, Dumas, Ballerni, Scavini, del Vecchio, et Gasparri y a adhéré avec l'autorité qui s'attache à son nom. Et on a invoqué en faveur du pacte de séparation amiable la persistance de la pratique, qui a révélé l'échec du principe absolu qui voudrait obliger les époux à se faire toujours un procès coûteux et à révéler au public leurs discordes intimes pour obtenir le droit de vivre séparés³. La séparation de corps consensuelle apparaît comme un remède, de nature temporaire, à une vie devenue insupportable à chacun des conjoints. Elle leur permet de méditer chacun de son côté, d'apaiser les mouvements qui les divisent, et de retrouver peut-être un jour la réunion de leurs esprits. Rien d'ailleurs ne les empêche de se rencontrer dans l'intervalle, surtout s'ils sont exposés à l'incontinence.

A cette conception on oppose que le mariage est une société permanente, qui entraîne communauté de vie, obligation de droit naturel et d'ordre public. Elle est exigée pour que les époux puissent s'adonner parfaitement à l'éducation de leurs enfants, et se prêter mutuellement secours et récon-

1. *Rota Romana decisiones seu sententiae*, t. II, décision XXIV, S. C. Conc., 27 février 1864.

2. Richardot, *op. cit.*; Le Picard, *op. cit.*

3. Richardot, *op. cit.*

fort¹. C'est pourquoi le *pactum adjectum* d'habitation séparée ne saurait être permis pour une durée en principe illimitée, et ne peut être autorisé que dans les mariages de conscience.

Cette dernière conception, qui nous semble être la vraie, n'est peut-être pas inconciliable avec la première, lorsqu'on cesse d'opposer deux théories et qu'on descend sur le terrain de la pratique. Cette conception exprime l'idéal élevé du mariage que professe l'Église, et dont les conjoints devraient être pénétrés. Mais tant s'en faut que tous aient conscience de leurs devoirs; il arrive que, par la faute de l'un des conjoints, ou de tous les deux, la vie commune devienne insupportable, et c'est pourquoi l'Église a institué la séparation de corps. Le droit classique, en limitant trop étroitement les causes de séparation de corps, a abouti à un échec : il a été débordé et a dû être suppléé d'abord par la pratique des cours séculières, puis à partir du xiv^e siècle par celle des officialités. Le droit canonique admet depuis lors qu'une aversion insupportable constitue une cause de séparation de corps. N'est-ce pas la cause réelle qui constitue le fondement des cas intéressants que présentent les pactes de séparation amiable qu'on veut retenir? Ne sont-ils pas conçus comme un remède de nature temporaire? Et la pratique des officialités de Flandre et de Franche-Comté n'exigeait-elle pas, tout en laissant un rôle prépondérant à la volonté des conjoints, une homologation de l'official, qui ne peut être qu'un contrôle de cette aversion, à laquelle nul remède plus efficace ne peut être apporté. La séparation de corps consensuelle est donc par là ramenée à l'une des causes canoniques de séparation, et l'accord de volontés des conjoints ne fait qu'en faciliter l'aménagement.

Le Codex s'est abstenu de réglementer la *conversio conjugatorum*. Les règles qu'avait posées le droit classique continuent donc de s'appliquer : après mariage consommé le conjoint doit donner son consentement pour que l'autre

1: Le Picard, *op. cit.*

puisse entrer en religion ou recevoir les ordres sacrés. Lui-même doit ou embrasser la vie religieuse ou faire vœu de continence. Mais, et c'est là l'innovation qu'apporte le droit nouveau, l'autorisation du Saint Siège est désormais requise pour que l'un des conjoints ou tous deux puissent émettre la profession religieuse. Et au regard de l'ordination, le mariage constitue désormais un *impedimentum simplex*¹ qui requiert une dispense du Saint-Siège pour être levé du vivant de l'autre conjoint.

XV

Le mariage des infidèles.

L'Église n'a pas juridiction sur le mariage des infidèles; celui-ci demeure régi par le droit naturel et par le droit positif qui émane du pouvoir séculier ou d'une coutume raisonnable². Mais quand l'un des conjoints ou tous deux se convertissent, l'Église acquiert juridiction sur leur mariage, et c'est de ce point de vue que le droit canonique régit le mariage des infidèles; autrement l'Église peut seulement déclarer ce qui est de droit naturel et ce qui lui est contraire.

A plusieurs reprises l'Église a eu à répondre si, en présence de certaines unions que concluent les infidèles, on se trouvait devant un mariage de droit naturel. Et pour discerner s'il y a véritable mariage, le Saint-Siège prescrit d'examiner si ont eu lieu les cérémonies traditionnelles qui, suivant l'opinion générale du pays, expriment suffisamment le **consentement de présent**³.

Parfois, on rencontre dans une société des unions de type supérieur, qui présentent les traits d'une société permanente entre l'homme et la femme, tout en n'excluant ni la poly-

1. C. 987.

2. S. Congr. de Prop. Fide, 26 juin 1820, Collect. I, 744; S. C. S. Off., 20 sept. 1834, Collect. I, 1104.

3. S. C. S. Off., 22 août 1860, Collect. I, 1201.

gamie, ni le divorce. Il y aura alors *matrimonium legitimum*, et la première des femmes ainsi épousées sera considérée au regard de l'Église comme légitime. Il en est ainsi du mariage des musulmans ou des Hindous.

A côté de ces unions se rencontrent souvent d'autres genres d'unions, de type inférieur, qui ne présentent pas les traits du mariage, et ne sont qu'un aspect du concubinage ou du servage. L'homme use de la femme, qu'il acquiert par achat ou par donation, à titre d'esclave, comme de sa chose propre, et n'entend d'ailleurs ne lui conférer aucun droit à son égard¹. Ainsi le droit musulman permet au maître de prendre des concubines, parmi les esclaves qu'il possède, et répute légitimes les enfants qui en sont nés.

Le plus souvent, aucun consentement n'est demandé à la femme, qui est estimée en droit incapable de le donner, qui ne songe pas le donner, et qui est livrée ou vendue par les parents dans sa plus tendre enfance.

Il n'y aurait pas non plus mariage légitime si l'on était en présence d'une union de caractère essentiellement temporaire, ou s'il existait une coutume générale de changer de femme ou de la prostituer au retour de certaines solennités païennes²; ou encore dans le Bougarda, où les chefs de tribus reçoivent à leur avènement plusieurs femmes à la fois, dont aucune ne reçoit de titre spécial, ni la dignité de femme principale³. Le Saint-Office a conclu à la nullité de ces unions.

Mais il est souvent difficile de discerner le caractère de certaines unions moins tranchées, qui réunissent à la fois les traits du mariage et du concubinage ou du servage, surtout lorsqu'elles se rencontrent chez des peuples qui, comme les Gallas, ne connaissent pas une union de type supérieur qui s'oppose à une union de type inférieur. Pourtant, même dans

1. S. C. S. Off., 3 avril 1889, Collect. I, 1700.

2. S. C. S. Off., 9 décembre 1874, Collect. II, 1427.

3. S. C. S. Off., 3 avril 1889, Collect. II, 1700.

ce cas, toute notion du mariage ne semble pas abolie chez ces peuples. La femme qui a procréé des enfants est conservée, alors que la femme stérile est écartée après deux ou trois ans, l'union semble donc ordonnée à la procréation. Que la séparation soit rendue plus difficile induit que cette société a quelque permanence. L'interdiction de s'unir entre proches parents décèle une union rudimentaire de la famille. L'homme et la femme se prêtent une aide mutuelle, et le père exerce sur les enfants qui naissent de cette union une autorité paternelle. On ne peut donc dire que toutes ces unions sans discernement ne doivent pas être tenues pour des mariages. C'est encore le même aspect que présentent fréquemment les unions que concluent entre eux les esclaves, lesquelles, comme le *contubernium* romain, ne revêtent aucun caractère juridique. Ou encore, au Zanguebar, le chef de la tribu donne à l'étranger qui s'installe chez lui une femme pour préparer la nourriture et tenir la case, ce qui implique en même temps des relations charnelles. Le Saint-Office a alors prescrit d'examiner chaque cas en particulier¹.

Un mariage à l'essai, tel que celui que pratiquent les Sioux Falls, sera regardé comme nul²; mais la loi siamoise lui attache, s'il se maintient pendant quatre ans, le caractère d'une union de type supérieur; ou encore, dans certaines peuplades, les mœurs lui apportent, au bout d'un certain temps, une certaine permanence si l'union se révèle heureuse et si la femme n'est pas stérile. Dans ces cas, la jurisprudence romaine a admis que cette union, simple concubinage au début, se transformait en *matrimonium legitimum*³.

Quand les deux conjoints se convertissent, le mariage, qui était *legitimum*, devient *ipso facto*, par leur baptême, sacramentel et se transforme en *matrimonium ratum*. Point

1. S. C. S. Off., 9 décembre 1874, Collect. II, 1427; 18 mai 1892, Collect. II, 1797.

2. S. C. S. Off., 18 mai 1892, Collect. II, n° 1797.

3. S. C. S. Off., 22 novembre 1871, Collect. II, 1377; 18 mai 1892, collect. II, 1797.

n'est besoin d'une rénovation du consentement. C'est en ce sens que s'est fixée la théologie contemporaine. Quid si l'un seulement des conjoints est baptisé ? Le mariage devient-il sacramentel pour la partie convertie, ou est-il sacramentel pour le chrétien qui, en obtenant, s'il est catholique, la dispense de l'*impedimentum disparitatis cultus*, épouse une infidèle ? La controverse subsiste sur ce point. La *communis opinio* tient, avec Billot, que le mariage est seulement *legitimum*, car, étant une relation, il doit nécessairement exister les deux termes, et il est impossible que l'obligation qu'assume l'un des conjoints soit plus forte que celle qu'assume l'autre.

Le Codex réglemeute le privilège paulin, dont la jurisprudence du Saint-Office a d'ailleurs précisé l'application dans le droit moderne. Il permet de dissoudre, en faveur de la foi, le mariage conclu dans l'infidélité, au cas de conversion d'un des conjoints. Le Codex exclut du bénéfice du privilège paulin le mariage conclu avec dispense de l'*impedimentum disparitatis cultus*. Ce privilège jouit de la faveur du droit, au cas de doute, soit sur la valeur du mariage contracté dans l'infidélité, soit sur la valeur du baptême ou sur la sincérité de la réponse de la partie infidèle.

Le conjoint converti peut en user au cas où la partie infidèle se sépare, ou ne veut pas « *cohabitare pacifice sine contumelia Creatoris* ». Il en est ainsi au cas d'abandon du conjoint converti par la partie infidèle, même s'il n'est pas opéré en haine de la foi, même s'il est involontaire, à condition toutefois que le conjoint converti n'ait pas donné une juste cause, par exemple en commettant un adultère après son baptême¹. Mais l'infidèle ne saurait invoquer l'adultère commis avant le baptême, qui a été effacé par le sacrement avec tous les effets du péché². La *contumelia Creatoris* a lieu quand le conjoint

1. S. C. S. Off., 12 juin 1850, 22 novembre 1871, 8 juillet 1891.

2. S. C. S. Off., 19 avril 1899 ; S. C. de Prop. Fide, 16 janvier 1797, 30 janvier 1887, Collect. I, 634, 690.

infidèle consent bien à mener la vie commune, mais expose le conjoint converti à un péché mortel quelconque, à condition que cela provienne du fait même du conjoint, mais non de ses proches, ce qui n'autoriserait qu'une séparation de corps¹. Il y a encore *contumelia Creatoris* au cas de refus d'élever des enfants dans la religion catholique². Au contraire, le seul adultère du conjoint infidèle autorise seulement une séparation de corps, mais non pas la rupture du lien³. Mais au cas d'adultère réciproque, la partie convertie peut user du privilège paulin, si la partie infidèle refuse de cohabiter *sine contumelia Creatoris*.

Le conjoint converti conserve toujours le droit d'user du privilège paulin, si les conditions d'exercice se vérifient, quand bien même après son baptême il aurait continué à mener la vie commune avec le conjoint infidèle⁴.

Les conditions d'exercice du privilège paulin sont donc commandées par la faveur de la foi, et ne s'expliquent pas par les règles de la séparation de corps.

Le droit positif de l'Église exige, pour que le privilège paulin s'exerce valablement, une double interpellation au conjoint infidèle : Veut-il se convertir et recevoir le baptême, ou du moins mener la vie commune sans *contumelia Creatoris*? Le Saint-Siège s'est réservé d'apprécier la nécessité du fait de l'interpellation et d'en accorder la dispense. Elle doit revêtir une forme juridique. Si on ne peut observer cette forme, il suffit qu'elle puisse être prouvée par deux témoins au for externe⁵.

Si la partie infidèle répond négativement à cette double interrogation, ou ne répond pas, la partie baptisée peut dès lors contracter mariage avec une personne catholique⁶. Le

1. S. C. de Prop. Fide, 5 mars 1816, Collect. I, 704.

2. S. C. S. Off., 14 décembre 1848, Collect. I, 1036.

3. S. C. de Prop. Fide, 5 mars 1816, Collect. I, 704.

4. C. 1124.

5. C. 1122.

6. C. 1123.

lien du premier mariage contracté dans l'infidélité est brisé au moment seulement où le second mariage est contracté ¹.

Jusqu'ici le Codex se borne à recueillir en la complétant la discipline traditionnelle. Mais sur un point il en élargit considérablement la portée, et la doctrine, pour l'expliquer, est entrée dans une direction toute nouvelle.

Le Codex ² étend à toute la chréienté les constitutions de Paul III ³, de Pie V ⁴ et de Grégoire XIII ⁵. Les polygames qui se convertissent et ne se souviennent plus quelle est la femme qu'ils ont épousée la première, et qui est la seule légitime, peuvent prendre celle de leurs épouses qu'ils préfèrent. Dans ce cas il n'est pas besoin d'interpellation. Et, en dehors de cette hypothèse, un infidèle polygame qui se convertit, au cas où sa première femme refuse de se convertir, peut contracter *per verba de præsenti* avec celle de ses épouses qu'il préfère, et qui reçoit le baptême avec lui. L'infidèle est alors dispensé de la seconde interpellation. Il suffit donc pour que joue cette faculté, que la première femme refuse de se convertir. Enfin, lorsque le conjoint infidèle est absent et ne peut être touché par une interpellation, les ordinaires des lieux, les curés et les prêtres de la Compagnie de Jésus approuvés pour recevoir les confessions peuvent dispenser des interpellations.

Le nouveau mariage est valable, même si le conjoint qui aurait dû être interpellé a été empêché de déclarer sa volonté, et même s'il s'était lui aussi converti au moment où le premier conjoint a contracté son second mariage.

Ces dispositions étaient des privilèges concédés aux Hindous, ou aux peuples de l'Angola, de l'Éthiopie et du Brésil. Leur extension a d'abord été réalisée soit par des rescrits pontificaux, soit par leur insertion dans les feuilles de pou-

1. C. 1126.

2. C. 1125.

3. *Altitudo*, 1^{er} juin 1537.

4. *Romani Pontificis*, 2 août 1571.

5. *Populis*, 25 janvier 1585.

voirs des délégués et des vicaires apostoliques dans les pays de mission. Le Saint-Office a en outre assimilé à la polygamie le cas de la polyandrie, qui se rencontre par exemple dans certaines peuplades thibétaines : la femme prendra celui de ses maris qu'elle préfère, si le premier refuse de se convertir ¹. Depuis la promulgation du Codex, ces dispositions appartiennent au droit commun de la chrétienté.

D'autre part, en dehors du cas de polygamie, le Saint-Siège se reconnaît toujours le pouvoir de dispenser de l'une des interpellations, de sorte qu'on demande seulement au conjoint infidèle s'il veut se convertir, — ou même de dispenser de la double interpellation.

Le Saint-Office a accordé le bénéfice du privilège paulin au cas où la partie infidèle consent bien à se convertir, mais refuse de cohabiter avec la partie déjà convertie ², ou encore lorsque la femme a été enlevée ou même vendue par son mari, et qu'il n'a aucun espoir de la recouvrer, même si elle veut se convertir et cohabiter avec son époux ³.

Beaucoup d'auteurs, qui invoquent l'autorité de Benoît XIV, ne voient dans ces dispenses d'interpellations ou dans la jurisprudence du Saint-Office que des déclarations d'exercice du privilège paulin, qui relève du droit divin. Le cas du privilège paulin serait la seule exception à l'indissolubilité du *matrimonium legitimum*. Mais ne faut-il pas aller plus loin, et voir dans ces hypothèses l'affirmation du pouvoir du Saint-Siège de dissoudre le lien du *matrimonium legitimum* en vertu de la plénitude de son autorité, dès lors que ce mariage est soumis à sa juridiction, par la conversion de l'un des conjoints. C'est ce que professe un courant de doctrine qui remonte à Bellarmin et qui compte parmi ses tenants Gasparri, Wernz et Billot. Il pourrait invoquer le

1. S. C. S. Off., 14 janvier 1793, Collect. I, 611; S. C. S. Off., 12 juin 1830, Collect. I, 1044; S. C. S. Off., 5 septembre 1855, Collect. I, 1117.

2. S. C. S. Off., 26 avril 1899, Collect. II, 2044.

3. S. C. S. Off., 8 juill. 1891, Collect. II, 1760.

principe, déjà dégagé par Hostiensis, que le fondement du privilège paulin n'est pas tant la faveur de la foi que la faiblesse du lien du *matrimonium legitimum*. C'est ce qu'affirmait Grégoire XIII en déclarant dans la constitution *Populis* : « Connubia inter infideles contracta, vera quidem, non tamen adeo rata censeri, ut necessitate suadente dissolvi non possint ». Il est difficile de voir dans les dispenses d'interpellations une simple déclaration d'exercice du privilège paulin. En réalité, elles étendent le privilège paulin en dehors de son domaine propre, au point de rompre le *matrimonium legitimum*, alors même qu'en fait les deux conjoints sont baptisés. Cette extension serait illégitime si le Saint-Siège ne jouissait pas du pouvoir de rompre le mariage conclu dans l'infidélité. Il en découle qu'après la conversion de l'un des conjoints, le mariage légitime même consommé peut être dissous par le Saint-Siège en vertu de son pouvoir vicairé, à la condition qu'existe une cause véritable. Et il ne faut pas hésiter à étendre cette mesure au cas où le mariage a été conclu entre une partie infidèle et une partie hérétique ou schismatique, puisque leur mariage n'est plus dirimé par l'*impedimentum disparitatis cultus* et ne saurait être regardé comme sacramentel. Et si les deux conjoints infidèles reçoivent le baptême, le pape peut user à leur endroit de la dispense de mariage non consommé, même si le *matrimonium legitimum* était *consummatum*; après leur baptême, leur mariage est *devenu ratum*, mais il n'est pas *ratum ac consummatum* si les conjoints n'ont pas eu de rapports entre eux depuis lors, et c'est ce seul mariage que le Codex proclame absolument indissoluble de droit divin.

XVI

La convalidation et la « *sanatio in radice* ».

Le droit contemporain a conservé les deux procédés que connaissait le droit antérieur pour rendre valide un mariage

nul : ou il peut être convalidé, ou on peut user à son endroit de la *sanatio in radice*.

La convalidation suppose d'abord que l'empêchement dirimant qui s'opposait à la validité du mariage a été écarté soit par l'effet du temps ou de la volonté des contractants, soit par l'effet d'une dispense. L'Église requiert alors, de droit positif, la rénovation du consentement, un nouvel acte de volonté exprimant le consentement matrimonial ¹. Peu importe que persiste le consentement antérieurement donné; la bonne foi, l'ignorance ou l'impossibilité ne sauraient en exempter.

Ce nouveau consentement doit-il être émis dans la forme solennelle prescrite pour contracter mariage ? Lorsque l'empêchement était public, ou pouvait être prouvé au for externe, le consentement doit être renouvelé dans la forme prescrite. Par contre, si l'empêchement était occulte et seulement au for interne, et n'était connu que des deux parties, le consentement doit seulement être renouvelé en privé et secrètement. Aucas où l'empêchement n'était connu que de l'une des parties, il suffit que celle-ci seule le renouvelle, pourvu que persévère le consentement antérieurement donné par l'autre; il n'est donc pas nécessaire ici que cette dernière ait connaissance de la nullité du mariage ². Les mêmes distinctions s'appliquent au cas de défaut ou de vice de consentement ³. Un mariage nul pour défaut de forme requiert toujours qu'il soit de nouveau conclu dans la forme légitime; la vie maritale dans un lieu exempt, après connaissance de la nullité, et sans qu'il y ait lieu à *fraus legis* ⁴, ne peut plus s'appliquer ⁵.

La *sanatio in radice*, qui a subsisté avec les traits que lui avait donnés Benoît XIV, suppose, en plus de la dispense ou de la cessation de l'empêchement, la dispense accordée par le Saint-Siège de renouveler le consentement, et la rétroactivité

1. C. 1133.

2. C. 1135.

3. C. 1136.

4. S. C. S. Off., 31 août 1887.

5. C. 1137.

par fiction juridique des effets du mariage¹. De ce que le renouvellement du consentement n'est exigé que par le droit positif, rien n'empêche l'Église, du moment que persévère le consentement matrimonial, jusque-là inefficace, de le rendre efficace, en même temps que l'obstacle qui s'y opposait est levé. La *sanatio in radice* requiert donc nécessairement que persévère le consentement matrimonial des deux parties, mais peut être accordée à l'insu de l'une ou des deux parties, pour tout empêchement de droit positif, même pour défaut de forme².

1. C. 1138.

2. C. 1139, § 1.

APPENDICE A

Opinions des orateurs qui, au concile de Trente, ont présenté la distinction du contrat et du sacrement :

Didacus de Payva (Theiner, II, p. 239; Ehses, IX, p. 401) : « Ecclesia tamen, etiam quod clandestina matrimonia sint sacramenta, irritare potest, id est modum contrahendi et contractum matrimonii; nam, irritato contractu, irritatur matrimonium, quod non est sacramentum si contractus matrimonii non subsistit. Nam Christus nihil aliud fecit in matrimonio, nisi quod sacramentum illud fecit, contractum autem ejus non immutavit. Igitur ubi non est contractus, non est sacramentum. Si igitur Ecclesia irritat contractum, irritat sacramentum. Potest itaque Ecclesia irritare etiam clandestina matrimonia, quatenus sacramentum sunt. »

Ferdinandus Bellosillo (Theiner, II, p. 241; Ehses, IX, p. 404) : « Potest tamen ea Ecclesia irritare. Non enim potestas ecclesiastica minor est quam civilis. Civilis autem irritat multos contractus, eodem modo potest Ecclesia... Et præterea quando Christus reparavit matrimonium, nihil fecit nisi quod gratiam addidit, relinquens contractum in esse suo... Respondit, ea ratione quia est contractus irritari potest; nam si non est contractus, non est sacramentum. »

Petrus Fernandez, ord. Præd. (Theiner, II, p. 241; Ehses, IX, p. 404) : « Ad art. I, respondens præmisit matrimonium bifariam sumi, ut sit contractus et sit conjunctio. Idem sacramentum, ut sit signum et gratiam conferat. Matrimonium autem, uti contractus, non habet rationem sacramenti novæ legis, licet indissolubilitatem et vinculum inducat, quod non habetur ratione sacramenti, sicut sunt matrimonia quæ contrahuntur per procuratorem, habetque matrimonium rationem indissolubilitatis ob fidem, prolem, ut

B. Thomas asserit, quod habebatur in lege naturæ, neque evangelica lex naturalem destruxit. »

Taddeus Perusinus (Theiner, II, p. 244; Ehses, IX, p. 408) : « Si autem Ecclesia irritat ea matrimonia, non irritat matrimonia sed contractum, id est modum rei non autem substantiam (neque minister in hoc sacramento necessario requiritur cum ejus substantia et efficacia sit mutuus consensus); posset etiam uti substantiale, cum materia et forma sit substantia ipsius sacramenti, id est consensus et verba mutua. »

Bracharensis (Theiner, II, p. 317; Ehses, IX, p. 650) : « Dicitque quod hoc Ecclesia potest facere, quia ipsa potest invalidare personas, sicut fecit in gradibus consanguinitatis; potest etiam invalidare consensum, sicut in timore accidente in constantem virum; ergo a fortiori potest invalidare contractum, quod præsupponitur in sacramento matrimonii. Idem probavit quia paganus princeps potest rescindere gradus (contractus) matrimoniales : ergo a fortiori Ecclesia. Præterea princeps potest facere edictum ut nullus possit se servituti tradere; ergo potest facere ut nullus possit se tradere servituti matrimoniali nisi tali modo. Dixitque quod rescindendo matrimonia clandestina non facimus ex sacramento non sacramentum : non enim tangimus sacramentum, sed pactum. »

— *Le même* (Theiner, p. 343; Ehses, p. 97) : « Dixit quod, facto hoc decreto, consensus clandestinus non erit materia (sacramenti). Hæc enim materia potest variari, quia est contractus et est in potestate reipublicæ. »

Lancianensis (Theiner, II, p. 317; Ehses, IX, p. 651) : « Dum Ecclesia irritat materiam matrimonii, non irritat eandem materiam ut est materia sacramenti, sed potius ut est materia contracti. »

— *Le même* (Theiner, p. 345; Ehses, p. 699) : « Item contractus est fundamentum sacramenti, quare Ecclesia, quæ habet potestatem super contractu, remoto eo, removetur sacramentum. »

Sagiensis (Theiner, II, p. 319; Ehses, IX, p. 654) : « Quoad decretum de clandestinis dixit maxime esse attendendum quod duo sunt in matrimonio, videlicet pactio et sacramentum. Pactio non est valida, sed (si) invalidatur lege superioris. Hæc autem pactiones sunt mutabiles juxta diversitatem temporum, etiam in matrimoniis, ut est in gradibus consanguinitatis : quia sicut Ecclesia illegitimavit gradus consanguinitatis, ita etiam potest illegitimare clandestina; nec irritatur sacramentum, sed pactio tantum. »

Clodiensis (Theiner, II, p. 320; Ehses, IX, p. 655) : « Proposuit duo considerando in matrimonio, videlicet contractus et ratio sacramentalis : ratio contractus est prior, quia communior, et præsupponitur in ratione sacramentali. In ratione contractus sunt consideranda quædam, videlicet metus et loquela, de quibus potest superior decernere ad hoc ut valida sint; ergo a fortiori id potest Ecclesia... et quod, dum irritatur consensus, non irritatur sacramentum sed id quod præsupponitur in sacramento. » — *Le même* (Theiner, p. 348; Ehses, p. 704) : « Ilis habitis ratio contractus præcedit rationem sacramenti, non solum natura sed etiam tempore, ut patet in matrimonio quod contrahitur per procuratorem, et in matrimonio paganorum qui postea fiunt christiani. Item in matrimonio ratio contractus se habet ad rationem sacramenti, sicut subjectum ad accidens et natura ad gratiam. Et ex consequenti Ecclesia potest irritare clandestina et expedit irritare eadem. Ecclesia per Evaristum damnavit hujusmodi clandestina, tanquam adultera. Si igitur princeps sæcularis potest irritare contractus, a fortiori ecclesiasticus. »

Brugnatensis (Theiner, II, p. 320; Ehses, IX, p. 656) : « Forma decreti non placet; sed describatur a synodo modus, quo contrahendum est matrimonium, et ita tangemus contractum matrimonii non autem sacramentum. Dicatur ergo quod contractus matrimonii fiat coram parocho, alioquin sit nullum, et præterea adsint tres testes. »

Leriensis (Theiner, II, p. 323; Ehses, IX, p. 664) : « Contractus ex natura sua est ut subjaceat potestati reipublicæ, ergo contractus matrimonii subjacet potestati reipublicæ. Nam hujusmodi contractus, quamvis acquisiverit in republica rationem sacramenti, tamen non perdidit rationem contractus : tantum est hæc differentia, quod extra rempublicam christianam est sæcularis contractus; in Ecclesia autem christiana, ratione sacramenti, est ecclesiasticus contractus. »

Metensis (Theiner, II, p. 324; Ehses, IX, p. 662) : « Quoad decretum de clandestinis dixit quod ratio sacramentalis est perfectio matrimonii : ergo præsupponit matrimonium et ex consequenti, sicut principes sæculares possunt formam matrimonii immutare, a fortiori id potest Ecclesia. » — *Le même* (Theiner, p. 355; Ehses, p. 717) : « Et contractuum formæ possunt mutari, quare matrimonii contractus in meliorem formam mutetur, et decernatur irritari consensus potius quam personas, qui autrumque Ecclesia potest facere. »

Montisfalisci (Theiner, II, p. 324; Ehses, IX, p. 662) : « Quoad decretum de clandestinis dixit Ecclesiam posse irritare clandestina, quia pars matrimonii humani est variabilis, sed forma decreti non placet, quia videtur implicare quod sit materia habilis et similiter forma, et non succedat sacramentum. »

Auriensis (Theiner, II, p. 324; Ehses, IX, p. 663) : « Ecclesia potest omnes contractus irritare et facere inhabiles ad contrahendum; ergo potest irritare clandestina; et dixit non tangitur sacramentum, sed contractum tantum ut præintelligitur sacramentum. »

Gebennensis (Theiner, II, p. 325; Ehses, IX, p. 663) : « Quoad decretum de clandestinis placet, et aptentur verba ut non sacramentum sed contractus irritetur. »

Cotronensis (Theiner, II, p. 326; Ehses, IX, p. 665) : « Quia Ecclesia non irritat sacramentum sed contractum. »

Legionensis (Theiner, II, p. 326; Ehses, IX, p. 665) : « Probavit quod irritatio clandestinorum matrimoniorum potest fieri ex ratione potestatis reipublicæ ad quam pertinet determinare quod expediens sit etiam contra voluntates particulares; a fortiori id potest Ecclesia in qua adest potestas supernaturalis. » — *Le même* (Theiner, p. 358; Ehses, p. 721) : « Item dixit quod consensus intrinsecus in se præcedit tempore sacramentum, quia sacramentum requirit aliquid sensibile exterius. Ecclesia igitur, irritando consensum, non tangit sacramentum. »

Almeriensis (Theiner, II, p. 326; Ehses, IX, p. 666) : « Et quod, dum hujusmodi clandestina irritantur, non irritatur matrimonium postquam est sacramentum, sed antequam sit sacramentum, et quod melius sit irritare contractum clandestinum quam illegitimare personas, quia primo modo illegitimitas est magis universalis. »

Uxentinus (Theiner, II, p. 327; Ehses, IX, p. 667) : « Quoad decretum de clandestinis placet hujusmodi matrimonia omnino irritari propter magna inconvenientia, quæ ex eis proveniunt, neque ex hoc tangi aliquo pacto sacramentum. »

Civitatensis (Theiner, II, p. 328; Ehses, IX, p. 668) : « Præterea in matrimonio est contractus et sacramentum : et contractus ordine naturæ præcedit sacramentum, et sic potest irritari ab Ecclesia, quia forma sacramenti præsupponit contractum legitimum. » — *Le même* (Theiner, p. 362; Ehses, p. 727) : « Dixit proculdubio Ecclesiam posse irritare hujusmodi matrimonia, personasque non posse esse proprie materiam sacramentorum; et ideo si Ecclesia

illegitimat personas, nullo modo tangit materiam hujus sacramenti; nam in nullo alio sacramento personæ sunt materia. In concilio Florentino, quamvis in cæteris sacramentis assignata fuerit materia et forma, tamen in hoc sacramento nihil dictum est de materia et forma, neque etiam de ministro; sed dixit tantum consensum esse causam efficiëntem hujus sacramenti. Quapropter Ecclesia videtur habere potestatem super consensu, quia ibi est ratio contractus, qui est in potestate reipublicæ, et est præcedens sacramentum, cum sit causa efficiens, quæ præcedit effectum. Consensus enim dicitur præcedere matrimonium, sed qui sit legitimus. »

Namurcensis (Theiner, II, p. 328; Ehses, IX, p. 670) : « Nec est simile de baptismo et de matrimonio; nam baptismus est tantum sacramentum; sed matrimonium non solum est sacramentum, sed etiam contractus, et ex hoc est in potestate Ecclesiæ. » — *Le même* (Theiner, p. 363; Ehses, p. 730) : « Matrimonium autem continet in se etiam consensum, qui subjacet reipublicæ et auctoritati Ecclesiæ; ex quo sequitur quod Ecclesia irritans hujusmodi consensum non tangit aliquo modo sacramentum. »

Gaditanus (Theiner, II, p. 330; Ehses, IX, p. 672) : « Quoad decretum de clandestinis dixit Ecclesiam posse irritare sacramenta clandestina. Nam ecclesia potest irritare sacramenta puta contracta et non consummata per ingressum religionis : ergo a fortiori potest irritare præambula sacramentorum, prout fieret in hujusmodi irritatione. »

Columbriensis (Theiner, II, p. 330; Ehses, IX, p. 673) : « Probavit quia potest magistratus secularis rescindere consensum intrinsicum; ergo Ecclesia potest rescindere consensum intrinsicum, cum habeat potestatem super anima. »

Lucensis (Theiner, II, p. 341; Ehses, IX, p. 674) : « Item contractus et sacramentum non solum distinguuntur ratione sed etiam realiter et tempore. Nam matrimonium per procuratorem est contractus sed non est sacramentum. Propterea ratio gratiæ seu sacramentalis non tollit id quod expedit reipublicæ, quia gratia perficit naturam. Ideo ratio sacramentalis non tollit libertatem irritandi contractus matrimoniales, cum expedit. » — *Le même* (Theiner, p. 365; Ehses, IX, p. 733) : « Circa clandestina probavit Ecclesiam posse ea irritare, tam in quantum important contractum, quam ut important sacramentum... In quantum sacramentum potest irritari, quia hoc sacramentum præsupponit contractum et sequitur naturam contrac-

tuum. Unde, si contractus est verus, succedit sacramentum, alioquin non. Quare si Judei, antequam baptizentur, contraxissent in tertio gradu secundum legem eorum, facti postea christiani, Ecclesia non dissolveret eorum matrimonium, quia contractus eorum fuit licitus. Si autem contractus fuisset illicitus, quando contraxerunt, dum efficerentur christiani, dissolveretur; quia sacramentum præsupponit contractum; sed Ecclesia potest tollere contractum, ergo ex consequenti sacramentum matrimonii: hanc sententiam tenet Ostiensis, et S. Antoninus Florentinus, et conc. Coloniense; nec est aliquis doctor alicujus nominis qui dicat contrarium. »

Monopolitanus (Theiner, II, p. 332; Ehses, IX, p. 675): « Quoad decretum de clandestinis, dixit Ecclesiam proculdubio posse illegitimare hujusmodi matrimonia. Non enim irritatur sacramentum sed contractus. »

Generalis Prædicat. (Theiner, II, p. 333; Ehses, IX, p. 679): « Dixit etiam quod contractus est in potestate reipublicæ; quare placet ut irritentur clandestina. »

Naxiensis (Theiner, II, p. 345; Ehses, IX, p. 700): « Dixit Ecclesiam posse irritare clandestina, quia prævenit contractus qui est in potestate Ecclesiæ; nam S. Thomas ait: cum matrimonium sit verus contractus, subjacet legibus positivis, sicuti alii contractus. »

Justinopolitanus (Theiner, II, p. 349; Ehses, IX, p. 706): « Dixitque tres testes necessarios esse ad conficiendum contractum, qui præsupponitur in sacramento matrimonii. Item quando in matrimonio vir dicit: « Ego accipio te in meam », antequam mulier assentiat, non est forma sacramenti; ergo pro illo tempore potest irritari consensus viri, seu prius loquentis, cum tunc non sit sacramentum. »

Segobiensis (Theiner, II, p. 350; Ehses, IX, p. 709): « Tria sunt diversa, contractus matrimonii, matrimonium et sacramentum matrimonii. Item hoc sacramentum est peculiare, quia in eo materia sacramenti est variabilis. Item in matrimonio non est certum quæ sit materia et forma sacramenti hujus; quapropter non potest dici quod irritatione clandestinorum destruat quod est de essentia hujus sacramenti. »

Cauriensis (Theiner, II, p. 352; Ehses, II, p. 712): « Probavit quod id Ecclesia potest, quia matrimonium habet rationem contractus. Item quia in matrimonio est duplex vinculum naturale et supernaturale. Ecclesia habet potestatem super vinculo naturali,

quod præsupponitur in vinculo supernaturali, quod importat rationem sacramenti. »

Aquitanensis (Theiner, II, p. 354; Ehses, IX, p. 714) : « Matrimonium magis subjacet determinationi Ecclesiæ quam baptismus, ratione contractus qui non solum subjacet determinationi Ecclesiæ sed consuetudini. »

Montismarani (Theiner, II, p. 354; Ehses, IX, p. 715) : « Quoad decretum de clandestinis dixit quod non est tutum in fide dicere Ecclesiam non posse irritare clandestina. Nam Ecclesia potest irritare contractum, in quo fundantur matrimonia ; idque fecit irritando contractum consanguinitatis, et hujus ratio est statutum Ecclesiæ. »

Ostunensis (Theiner, II, p. 359; Ehses, IX, p. 724) : « Respondit ad rationem eorum qui dixerunt id non posse ab Ecclesia fieri, cum Ecclesia non habet potestatem circa ea quæ sunt de essentia sacramenti, contractus autem est de essentia matrimonii, cum ponatur in definitione ejus. Hoc dixit esse falsum quia in definitione (?) accidentis ponitur subjectum, quod est alterius generis. Unde quamvis contractus ponatur in definitione sacramenti matrimonii, ponitur tanquam subjectum ; et hoc etiam modo respondit ad id quod dicitur contractum se habere ut genus ad sacramentum... Nam sicut species præsupponit genus, ita matrimonium præsupponit contractum ; sed contractus est in potestate reipublicæ ; ergo est etiam in potestate Ecclesiæ. »

*Urbevetanus*¹ (Theiner, II, p. 366; Ehses, IX, p. 736) : « Prohibentur matrimonia in cognationibus, prohibentur et clandestina ; sed clandestina contracta tenent ; contracta autem in cognationibus non tenent. Hujusmodi diversitas est ex diversa causa, a qua sumitur ratio legis ; sed in cognationibus causa est perpetua et æqualis ; causa vero in clandestinis non est perpetua nec æqualis ; et quod clandestinitas ex se non est contra rationem contractus nec contra rationem sacramenti. »

Granatensis (Theiner, II, p. 392; Ehses, IX, p. 781) : « Deinde probavit quod potest esse matrimonium absque sacramento, etiam in baptizato, qui vult contrahere et non vult recipere sacramentum ; talis non suscipit sacramentum, quia non potest conferri invito. »

1. A la différence des précédents orateurs, ce prélat est opposé, pour des motifs d'intérêt général, à l'annulation des mariages clandestins.

APPENDICE B

Extrait de l'ouvrage intitulé : *Summaria, brevis et compendiosa doctrina felicitis expeditionis et abbreviationis guerrarum et litium regni Franciæ*, attribué à Pierre du Bois. — Bibliothèque nationale, manuscrits latins, 6222 c, f° 29 v°¹.

Si opponatur eis : « Ecce, per laqueos peccatorum quos tetendistis, tot pereunt quibus mortis occasionem dedistis ; ob hoc pereunt tot, ut videtis, per dampnationes quas deferunt, alias non perituri » ; et, si dicatur : « Ostendatis salvatos et lucrifactos Domino contra Sathan per vestra statuta, alias non salvandos ; apparentem et verisimilem redargutionem emitetis » ; docere non possunt unum solum per sua statuta² salvatum, alias non salvandum ; [nec] posset poni unum exemplum. Apostolus dicit : « Unusquisque suam habeat uxorem propter fornicationem evitandam, sic caste vivendo » ; apostolus nullum ex(c)ipit, cum dicit « unusquisque » ; quia qui omnem dicit, sic dicendo nihil ex(c)ipit. Sancti Patres qui senes erant vel decrepiti, quibus³ non erat forte difficile fornicacionem fugere et ab omni consorcio mulierum abstinere, dixerunt : « Perpetuam continentiam vovemus et statuimus omnes ad sacros ordines promovendos simile votum secuturos et servaturos sub pœna peccati mortalis » ; sacrorum ordinum receptionem, adeptionem utentibus consorcio [suarum]⁴ conjugum prohibuerunt,

1. Je dois la transcription de cette partie du manuscrit à l'obligeance de mon collègue et ami Marcel Fournier.

2. Le texte porte *statum* ; mais c'est une faute évidente.

3. Au lieu de *quibus*, le texte donne *plures*, qui n'a pas de sens.

4. A la place de *suarum* que j'ai rétabli, un mot manque dans le manuscrit.

tales repulserunt. In veritate fornicatores, adulteros et incestuosos [silentes] verbisque se profitentes continentes, licet suis factis contrarium ostendentes, simulacionem et ypocrisim amplectantes non recusarunt nec recusant, ymo tales sciunt hodie prelati quod ipsi plerumque tales admittunt. Hodie videmus quod omnes promoti continenciam vovent et predicant tenendam; pauci tamen tenent et observant eamdem, ut sint et se doceant fore de illis, de quibus loquimur : « Dominus ait : super cathedram Moysi(s) sederunt scribe et pharize(i); que dicunt facite sed que faciunt facere nolite; a fructibus enim eorum cognoscetis eos », id est, operibus eorum cognoscetis eos. Ait enim philosophus quinto moralium : « Qui bona docet et loquitur et contraria facit se falsum ¹ doctorem probat et ostendit. » Summus enim doctor evangelice veritatis, qui omnia non solum preterita et presencia sed etiam futura sciebat, plus visus fuit reprobare ad lieteram ypocrisim, hoc est simulacionem, quam cetera omnia peccata; in quo persistens, apostolus dixit : « Unusquisque habeat ² suam. » Publice et sine simulacione uxores habentur; concubine et adultere occulte consimulacione non habende. Hodie clerici longe pro majori parte simulant, profitentur et asserunt se totaliter continentes, et ipsi contrarium magis consuetudini quam emandacioni deputarunt, prout noverunt prudentes, experti in regimine (et) periculo regiminis animarum, quibus credendum est juxta illud : « experto crede magistro », sicut sunt hodie predicatorum et minores, qui pre aliis mundi statum in diebus nostris cognoverunt. Prout enim docuit philosophus, prudencia agibilium [mundi] hujus in nobis acquiritur per experienciam sanctorum (factorum?).

Experiencia vero longo indiget tempore. Idcirco, licet, ut dicunt, juvenes aliquando reperiantur sapientes in sciencialibus disciplinis, non tamen prudentes, quia prudencia acquiritur per experienciam : ex quibus sequitur veritas et declaracio alterius dicti philosophi, quo cavetur (ut) nemo legat juvenes duces, quia non constat eos prudentes, et loquitur ad lieteram de ducibus bellorum, licet sit eadem ratio in omnibus agilibus hujus mundi. Quid plura de hoc scriberem? Materia ista discurrenti per singula statuta et prohibitiones factas sub penis mortalia peccata incurrendi

1. Le texte porte *filium*.

2. Le texte porte *hanc*.

[seipsam] ostendit. Utinam sancti Patres cum magna sapiencia scripturarum, quam longuo tempore studendo adquisierunt, magnam [contra hoc] agibilium experienciam habuissent, quia forte occasionem perdicionis animarum statuere dubitassent, juxta consilium legis humanæ qua cavetur : « Tene cautum, dimicte incertum » ; et in alia lege scribitur : « In incertis locus est conjecturis et presumptionibus », considerando, circa futura que nobis sunt incerta, ea que verisimile est et probabile evenire debere, causam presumptionis assumendo ex hoc quod fieri et contingere consueverit. Adque considerando multum movit id quod ait philosophus, dicens : « Longe magis in agilibus humanis proficere videmus habentes sine arte experienciam, quam sine experiencia nocionem ».

TABLE DES MATIÈRES DU SECOND VOLUME

DEUXIÈME PARTIE (*suite*).

LE DROIT DU MARIAGE JUSQU'AU CONCILE DE TRENTE.

TITRE TROISIÈME

*Les effets du mariage et la séparation des époux. Les secondes nocces;
le concubinat.*

CHAPITRE I. — *Les effets du mariage.* p. 1

Section première : *Les effets du mariage quant aux époux.* — I. L'égalité entre les époux; l'autorité du mari, p. 2. — II. L'obligation au devoir conjugal, p. 7. — III. La *vindicatio* et la *restitutio* des époux, p. 13. — IV. Le vœu de continence, p. 21; le vœu simple, p. 22; l'entrée en religion, p. 25.

Section deuxième : *Les effets du mariage quant aux enfants.* — I. La filiation légitime, p. 29; la preuve du mariage, p. 30; de la maternité, p. 31; de la paternité, p. 31. — II. Le mariage putatif, p. 34. — III. La légitimation des enfants naturels, p. 38.

CHAPITRE II. — *Le divorce et la séparation des époux.* p. 48

L'évolution de la législation ecclésiastique sur le divorce, p. 48. — I. Les textes évangéliques et apostoliques, p. 51; l'interprétation des Pères de l'Église, p. 52. — II. La législation ancienne des conciles, p. 60; et des décrétales, p. 66. — III. Les *libri penitenciales*, p. 67; et les capitulaires des rois francs, p. 75. — IV. L'indissolubilité absolue; Hincmar de Reims, Yves de Chartres, p. 84. — V. La doctrine de Gratien, p. 88; et de Pierre Lombard, p. 91. — VI. Les décrétales du XII^e siècle, p. 94; les dernières traces du divorce, p. 95. — VII. La conception nouvelle du *divortium*,

p. 100. — VIII. Le *divortium quoad torum*, son caractère, p. 105; ses causes, p. 106. — IX. Les effets du *divortium quoad torum*, p. 113.

CHAPITRE III. — *Les secondes noccs; le concubinat* p. 119

I. Les secondes noccs, p. 119; la bigamie quant aux ordres, p. 122; le refus de la bénédiction nuptiale, p. 122. — II. Le concubinat, p. 125; le *concubinatus* romain et l'Église, p. 126.

TROISIÈME PARTIE

LE DROIT DU MARIAGE DEPUIS LE CONCILE DE TRENTE.

CHAPITRE I. — *Les critiques de la théorie du mariage aux xv^e et xvi^e siècles*. p. 141

I. Le sacrement de mariage, p. 143. — II. Les mariages clandestins, p. 148. — III. Les empêchements résultant de la *cognatio*, p. 151; le célibat des prêtres, p. 151.

CHAPITRE II. — *Le concile de Trente : ses travaux en ce qui concerne le mariage*. p. 157

I. La tenue du concile, p. 157. — II. Le fonctionnement du concile, p. 161. — III. La question du mariage devant le concile, p. 163. — IV. Les canons et les décrets, p. 167; la Congrégation des cardinaux interprètes du concile de Trente, p. 168.

CHAPITRE III. — *Les décisions du concile de Trente sur la nature et les formes du mariage*. p. 172

Section première : *Le sacrement de mariage*, p. 172.

Section deuxième : *Les formes et la preuve du mariage*. — I. Les mariages clandestins et le mariage des fils de famille, le premier projet, p. 177; les objections et les conciliations, p. 179. — II. Modifications successivement apportées au projet, p. 189; les résolutions définitives, p. 192. — III. La publication des bans, p. 195, et autres formalités préalables à la célébration, p. 201. — IV. La célébration du mariage, p. 202; la détermination du *proprius parochus*, p. 202. — V. Le rôle du *parochus* dans la célébration, p. 207; le pouvoir de délégation, p. 209; les *vagi*, p. 210. — VI. Les témoins, p. 211. — VII. La preuve du mariage, p. 214. — VIII. La publication du décret de *clandestinis*, p. 215; son application quant aux personnes et quant aux lieux, p. 222. — IX. La réglementation postérieure: le *liber status*, p. 223; la constitution de Benoît XIV sur les mariages secrets, p. 225. — X. La réglementation du concile de Trente et l'ancien droit français, p. 229.

CHAPITRE IV. — *Les répercussions du décret de clandestinité dans la théorie du mariage*. p. 236

I. La disparition des *matrimonia præsumpta*, p. 237. — II. Les mariages entre absents, p. 240. — III. Le mariage conditionnel, p. 244. — IV. Le *dissensus*, p. 247. — V. La ratification des mariages nuls, p. 250. — VI. Les effets possibles des mariages clandestins, p. 252. — VII. Les mariages mixtes, p. 253.

CHAPITRE V. — *La théorie des anciens empêchements; les actions en nullité*. p. 268

Section première : *Les empêchements dirimants visés par le concile de Trente* — I. L'*impedimentum voti et ordinis*, p. 269. — II. Le *raptus*, p. 279; les mariages contractés par ordre des puissances temporelles, p. 286. — III. Les empêchements fondés sur la parenté et sur l'alliance, p. 289; la *consanguinitas*, p. 290; la *cognatio spiritualis*, p. 292; l'*affinitas ex copula illicita*, p. 294; la *justitia publicæ honestatis*, p. 295.

Section deuxième : *Les empêchements dirimants non visés par le concile de Trente*. — I. Le *dispar cultus*, p. 299. — II. L'impuissance; la constitution de Sixte-Quint, p. 306. — III. La preuve par le congrès, p. 308. — IV. La jurisprudence moderne sur l'impuissance, p. 318.

Section troisième : *Les empêchements prohibitifs*. — *Le tempus feriarum*, p. 320; les autres empêchements prohibitifs, p. 322.

Section quatrième : *Les actions en nullité*. — La compétence exclusive de l'évêque, p. 324; la constitution de Benoît XIV, p. 326; le *defensor matrimonii*, p. 327; la nécessité de deux jugements conformes, p. 327.

CHAPITRE VI. — *Le divorce et la séparation de corps; le concubinat*, p. 330

I. Le divorce pour cause d'adultère devant le concile de Trente, p. 330. — II. Les autres causes de divorce, p. 342. — III. Le *divortium quoad torum*, p. 345. — IV. Le concubinat, p. 349.

CHAPITRE VII. — *Les dispenses des empêchements*. p. 355

I. La théorie de la *dispensatio* en général, p. 356; son évolution, p. 360. — II. Les règles qui admettent la *dispensatio*, p. 366. — III. Les dispenses de mariage; qui peut les accorder? p. 372. — IV. La dispense des divers empêchements, p. 376. — V. Les effets des dispenses, p. 397; la *sanatio matrimonii in radice*, p. 404.

CHAPITRE ADDITIONNEL. — *Le droit contemporain du mariage*. p. 415

I. L'affermissement de la doctrine et la juridiction de l'Église en matière matrimoniale, p. 415. — II. Le caractère et la portée des réformes récentes,

p. 419. — III. Les *verba de futuro*, p. 422. — IV. La formation du lien, le *matrimonium præsumptum*, p. 424. — V. La forme du mariage, p. 429. — VI. Le consentement matrimonial, p. 435. — VII. La notion de contrat-sacrement, p. 443. — VIII. Les effets du mariage, p. 445. — IX. Les empêchements relatifs, p. 446. — X. Les empêchements absolus, p. 450. — XI. Les empêchements prohibitifs, p. 455. — XII. La dispense des empêchements, p. 460. — XIII. La dissolution du lien du *matrimonium ratum et non consummatum*, p. 464. — XIV. L'indissolubilité du *matrimonium ratum ac consummatum*, p. 467. — XV. Le mariage des infidèles, p. 473. — XVI. La convalidation et la *sanatio in radice*, p. 480.

Appendice A.	p. 483
Appendice B.	p. 490

ERRATA

- P. 50, note 1, *lire* : Geffcken, *au lieu de* : Geffckem.
- P. 52, note 1, *lire* : Christentum und Kirche, *au lieu de* : Christentum und Kische.
- P. 56, note 5, *lire* : a viro non fornicante, *au lieu d'* : a viro noa fornicante.
- P. 57, même note, *lire* : opprobrium, *au lieu de* : approbrium.
- P. 128, note 2 *in fine*, *lire* : affectus maritalis, *au lieu d'* : affectus martalis.
- P. 416, note 1 de la page précédente, *lire* : Schönsteiner, *au lieu de* : Schönsbeiner; Wilanowski, *au lieu de* : Wilarowski.
- P. 422, ligne 22, *lire* : à toute cette contrée, *au lieu d'* : à toute contrée.
- P. 424, ligne 25, *lire* : Huguccio, *au lieu d'* : Huggucio.
ligne 26, *lire* : dualité, *au lieu de* : qualité.
- P. 426, ligne 13, *lire* : Schmalzgrueber, *au lieu de* : Schmalzgruber.
- P. 442 *in fine*, *lire* : qu'elle croyait, *au lieu de* : qu'il croyait.
- P. 443, ligne 14, *lire* : Vigliani, *au lieu de* : Viglianii.
ligne 15, *lire* : Fiore, *au lieu de* : Frore.
- P. 444, ligne 20, *lire* : le système contractuel, *au lieu de* : leur système contractuel.
- P. 447, ligne 23, *lire* : et seulement des *sponsalia* valides, *au lieu de* : et non seulement des *sponsalia* valides.
- P. 454, ligne 3, *lire* : n'ont pu, *au lieu de* : n'on pu.
- P. 455, ligne 17, *lire* : maintenus, *au lieu de* : maintenu.
- P. 456, note 2, *lire* : competentia, *au lieu de* : compentia.
- P. 457, ligne 13, *lire* : exemption tridentine, *au lieu d'* : exeption tridentine.
- P. 463 *in fine*, *lire* : convalidation, *au lieu de* : consolidation.
- P. 466, ligne 7, *lire* : mariage non consommé, *au lieu de* : mariage consommé.
- P. 474, ligne 22, *lire* : Bouganda, *au lieu de* : Bougarda.
- P. 475, ligne 7, *lire* : notion, *au lieu d'* : union.
- P. 476, ligne 10, *lire* : exister dans les deux termes, *au lieu d'* : exister les deux termes.
-

TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES

CONTENUES DANS LES DEUX VOLUMES

(Les chiffres romains indiquent le volume et les chiffres arabes la page.)

A

- Absence, II, 91-92, 97 note 3, 146, 343.
Accusatio, I, 449, 457, 459, 460, 462-463.
Action en nullité de mariage, I, 40-41, 124 et s., 266, 273-274, 448-468 ; II, 307-308, 320, 324-329.
Action possessoire, II, 14-21, 28.
Adjudicatio in maritum aut sponsum, I, 140, 209 ; II, 20.
Adultère, I, 108-109, 122, 426-434 ; II, 3, 19, 29, 32, 43, 70-71, 79-80, 107 et s., 146, 331, 394, 449.
Affinitas, I, 93, 414-426, 452 ; II, 292, 392, 421, 447 ; — *ex copula illicita*, I, 418-419, 424 ; II, 294, 420, 447-448 ; — *superveniens*, I, 122, 146-147, 424-426 ; II, 81, 90, 117-118.
Ancien droit français, I, 35-48, 87-88, 344, 455, 466, 471-474 ; II, 188-189, 194, 199, 200, 229-235, 283, 311-317, 353-354.
Anneau nuptial, I, 220-222.
Appel, I, 463-464 ; II, 328 ; — comme d'abus, I, 40, 43, 45-47, 455 ; II, 311 note 4, 314 note 5, 316-317, 418.
Arctatio mulieris, I, 276-277, 282-284, 295 ; II, 89.
Assises de Jérusalem, II, 99-100, 288 note 2.
Aveu (des époux), I, 213, 284-285, 467 ; II, 248.

B

- Bénédiction nuptiale, I, 116-119, 124-125, 199 ; II, 122 et s., 182, 191, 201.
Benedictus Levita, I, 25, 103, 263, 386.
Benoit XIV, I, 89 ; II, 225, 260 et s., 299 300, 325 et s., 409, 438.
Bigamie, I, 121, 136 ; II, 122, 135, 328.

C

Capitulaires, I, 10-11, 15-17, 25-26, 116, 202-203, 231, 278, 303, 383, 447; II, 75 et s., 83.

Captivité (d'un des époux), II, 49, 91.

Casus apostoli (Privilegium Paulinum, contumelia Creatoris), I, 246-252, 256-259; II, 95, 300-306, 345, 476-480.

Causes matrimoniales (Procédure des), I, 448-468; II, 324 et s.

Célébration du mariage *in facie Ecclesiarum*, I, 198-209, 341; II, 16, 35, 177-235, 322, 429-435.

Célibat des prêtres, I, 313-334; II, 142, 151-156, 270-279, 386-387, 451-455, 461, 490-491.

Chose jugée, I, 293-296, 466-468; II, 98 note 1, 327.

Clerici in minoribus constituti, I, 332-333; II, 122, 276.

Cognatio legalis, I, 93, 394-400; II, 292, 392, 448-449.

Cognatio spiritualis, I, 93, 401-414, 452; II, 292-294, 323, 391, 448.

Cohabitation, I, 343; II, 4-5, 7 et s., 104, 446, 468-472.

Cohabitation triennale, I, 280, 288-289, 292; II, 317-318, 453.

Cojurantes, I, 280, 282-286, 289, 291; II, 312, 317-318, 453.

Compétence (quant aux causes matrimoniales), I, 7, 11, 17 et s., 27-34, 36 et s., 78 et s., 450, 455; II, 348 note 3, 351.

Conciles : — d'Agde (a. 506), I, 228; II, 63; — d'Ancyre (a. 314), I, 315; — d'Angers (a. 453), II, 63; — d'Arles (a. 314), I, 214, 318-319; II, 61-62; — de Bâle (a. 1432-1442), II, 139, 142, 155; — de Braga (a. 572), I, 231; — de Carthage (a. 407), I, 7; II, 63; — de Châlon (a. 813), I, 352, 417; — de Clermont (a. 535), I, 375; — de Compiègne (a. 757), I, 262, 278, 286, 360, 384, 386; II, 26, 76-83, 86 note 1; — de Constance (a. 1414-1418), II, 142, 155; — de Constantinople, *In Trullo* (a. 692), I, 304, 316, 407; II, 64; — d'Elvire (a. 306?), I, 318; II, 60; — d'Épône (a. 517), I, 228, 231, 375; — de Florence (a. 1438), II, 146; — de Frioul (a. 796), II, 65; — de Gangres (a. 350), I, 315; — de Hereford (a. 673), II, 64; — de Latran I (a. 1123), I, 309; — de Latran III (a. 1139), I, 304, 329; — de Latran IV (1215), I, 96, 203, 392, 461; II, 51, 195, 447; — de Laodicée (a. 343-381), I, 315; — de Leptine (a. 743), I, 262; — de Mayence (a. 813), I, 386, 417; — de Mayence (852), II, 136; — de Meaux (a. 845), I, 428; II, 360; — de Nantes (a. 658), II, 64; — de Néocésarée (a. 314-325), I, 315; — de Nicée (a. 325), I, 315; — d'Orléans I (a. 511), I, 230, 304; — d'Orléans II (a. 533), II, 64; — d'Orléans III (a. 538), II, 132, 359; — d'Orléans IV (a. 541), I, 352; II, 287; — de Paris III (a. 556), I, 447; II, 287; — de Paris (a. 829), I, 447; II, 66; — de Pise (a. 1409), II, 142; — de Rome (a. 721), I, 376, 416; — de Rome (a. 1049), I, 324; — de Rome (a. 1059), I, 96; — de Rome (a. 1073), I, 324; — de Reims (a. 1119), I, 329; — de Soissons (a. 744), II, 65;

— de Tolède I (a. 400), II, 132, 136; — de Tolède II (a. 527), I, 376; — de Tolède XII (a. 681), II, 66; — de Tours II (a. 567), I, 228, 304; — de Touzy (a. 860), I, 420; — de Tribur (a. 895), I, 24, 161, 302, 326, 432; II, 66; — de Vannes (a. 465), II, 63; — de Verberie (a. 758?) I, 231, 263 note 1, 279, 321, 352-354, 360, 384, 386, 428; II, 27, 76, 83, 94, 110; — de Worms (a. 868), I, 447.

Concile de Trente, I, 33, 63, 76, 83, 93; II, 157-253, 268, 298, 320-322, 331-352, 360, 375, 391, 397.

Concubine, concubinat, I, 233-234; II, 32, 38, 41, 45, 125-139, 349-354.

Condition (apposée au mariage ou aux fiançailles), I, 158, 163, 191-198, 346; II, 244-247, 420, 424, 428, 437-440.

Confession des époux (avant le mariage), II, 201.

Confirmation (ratification) des mariages nuls, I, 336, 342, 368; II, 250-251, 480-481.

Congrégation du Concile de Trente, I, 65; II, 168 et s., 196, 199, 208, 246, 249, 251, 261, 293-294, 296-297, 302, 319, 374, 383, 396, 413.

Congrès (preuve de l'impuissance), II, 302, 309-317.

Consentement des époux, I, 101, 131, 142, 155, 185 et s., 193, 212, 334 et s.; II, 240-249, 279, 387, 407, 411-414, 435-442, 473, 481-182.

Consentement des parents (au mariage ou aux fiançailles), I, 168-181; II, 177, 186 et s., 190, 192-195.

Consanguinitas, I, 93 et s., 107, 219, 253, 371-393, 452, 456; II, 20, 290-292, 388-391, 446-447, 461.

Constitutions apostoliques, I, 315; II, 134.

Continence, voyez *Virginité*.

Contrat de mariage, I, 83 et s.; II, 182-183, 417, 443-445, 483-489.

Conversio conjugatorum, I, 332-334; II, 25-29, 104-105, 420, 472-473.

Copula carnalis, I, 72, 76, 89-93, 103-107, 119, 137, 145, 156, 195, 208, 215, 236, 259 et s., 343, 414 et s., 467; II, 7-21, 23, 145, 183, 237-247, 249, 250, 420, 424-428, 436, 438, 440, 445, 447, 450, 452-453.

Coutumes germaniques, I, 103-109, 169-170, 261, 352, 379-382; II, 50.

Crinen (crimina), I, 426-437, 443-446, 452; II, 78, 324, 344, 394, 449, 461.

D

Debitum conjugale, I, 90, 120-121; II, 7-21, 113.

Declaratio legis, II, 222, 357, 418.

Deductio in domum mariti, I, 124, 125, 189; II, 240 note 1.

Defensor matrimonii, I, 468; II, 326-328.

Délégation (Pouvoir de), II, 209-210, 230, 422, 429, 460-461.

Denunciatio, I, 2, 457, 469 et s.

Diacon, I, 315, 317-319, 324.

- Dispar cultus*, I, 242-259, 452; II, 146, 299-306, 343, 378-379, 450-452.
Dispensatio (en général), II, 356-372.
 Dispenses (de mariage), I, 96, 194, 270, 297; II, 196-197, 256-258, 355-444, 456-467.
Dissensus, I, 334-344; II, 247-249, 387, 441.
 Divorce, I, 4-5, 10, 121, 246-252, 255-259, 260-268; II, 12, 25-26, 48-100, 144, 146, 300-306, 330-345, 420, 421-422, 464-467, 476-480.
Divortium quoad torum, voyez *Séparation de corps*.
 Dol, I, 343-344; II, 28, 184-185, 210, 283.
 Domicile, II, 4-5, 192-193, 195, 202-207, 217-221, 429, 431.
 Dot (*dotatio, donatio propter nuptias*), I, 103, 109, 209-210, 217, 261; II, 45, 280, 282.
 Droit divin, I, 143, 254, 332; II, 272, 301, 332, 339, 342, 366, 367, 369, 376, 384-386, 388-389, 404, 459, 467, 479.
 Droit naturel, I, 70 et s.; II, 188, 301, 339, 367, 369, 371, 376, 388-391, 418, 456, 461, 465, 473.

E

- École de Bologne, I, 66, 127 et s., 137, 141.
 Égalité entre les époux, I, 97, 226, 286; II, 2-7, 335.
 Église gallicane, I, 36-48, 87, 137-139, 143, 232, 267; II, 37, 342, 373-375.
 Église orientale, I, 29-30, 149 et s., 178, 231, 244, 313-318, 334, 379; II, 25, 26, 34, 42, 100, 121 note 2, 271, 274, 336-341, 419.
 Église romaine, I, 138, 266-268.
 Empêchements dirimants (en général), I, 80-83, 227-236; II, 268-320, 446-455.
 Empêchements prohibitifs (en général), I, 228-229, 232, 234, 403-448; II, 253-267, 320-324, 455-460.
 Enfants (puissance paternelle), I, 168-181; II, 29, 185, 189-190, 192-193, 227, 257, 458.
 Enfants illégitimes, I, 116, 393; II, 23, 34-47, 400-407, 446.
 Entrée en religion (d'un des époux), I, 121, 135, 143; II, 25-29, 70, 76, 86, 104-105, 420, 472-473.
 Erreur, I, 344; *error fortunæ*, I, 345; *error qualitatis*, I, 345, 365; II, 442; *error personæ*, I, 346-350; II, 387, 442; *error conditionis*, I, 350-370; II, 82, 74, 92, 387, 388, 442.
 Esclaves, I, 177, 350-359; II, 45, 73, 82-83, 92, 442.
 Évangiles, II, 51-53.
 Évêque, I, 313, 315, 316, 322-323, 333; II, 187, 189, 192, 196-197, 230, 291, 324, 350, 359, 363-365, 372-376, 460, 461-463, 473.
 Excommunié, I, 245-246; II, 21, 350, 352.





F

Faveur du mariage, I, 91 et s., 196, 289-290; II, 179, 213, 439, 452, 475.

Fiançailles (*desponsatio*), I, 47, 107-113, 117, 122, 133-136, 139-185, 436; II, 151, 189-190, 237-240, 252-253, 296, 394, 421, 422-428, 447.

Filiation légitime, II, 29-33, 446.

Folie, I, 335; II, 440-441.

Formes, formalisme (pour le mariage et les fiançailles), I, 131 note 2, 164 et s., 185, 209, 219; II, 176-214, 235, 249, 250-251, 397-399, 422-423, 429-435.

Fornicatio, I, 109, 125, 232-234, 341, 346; *fornicatio spiritualis*, II, 109, 110, 114, 116, 470.

Forum internum, I, 90, 158, 336-341, 460; II, 8, 92, 148-150, 251, 425-428, 441, 464.

Fraude à la loi, II, 219, 431.

Frigiditas, I, 270, 275, 284-285, 295; II, 103, 310, 318-319.

G

Gratien, I, 60-62, 119-126, 138, 141, 147-148, 162, 172-175, 180, 199, 231, 242, 247, 251, 265, 283-284, 304, 305, 344 et s., 354, 428, 431, 435-436, 463; II, 24, 36-37, 88-94, 103, 106, 108, 136, 367, 420.

H

Hérétiques, I, 244-245, 258; II, 95-96, 254-267, 350, 418, 421, 430-432, 456-460.

Hincmar de Reims, I, 17-23, 70, 106-107, 116-117, 160 note 2, 232, 262, 264-265, 271, 272, 420, 435; II, 81, 85, 135.

I

Impossibilité (commune et particulière), II, 220-222, 433-434.

Impubères, I, 130, 165 et s., 236-242; II, 377-378, 450.

Impuissance, I, 107, 121, 125, 259-296; II, 11, 78, 93, 95, 306-320, 452-454.

Incapacités, I, 236-334; II, 185, 189-190, 218, 243, 253, 376.

Indissolubilité (du lien conjugal), I, 68, 73, 112-129, 145, 248, 259, 260-267, 358, 364; II, 12, 300-306, 330-345, 467, 476-480.

Infidèles, I, 70-77, 242-259; II, 95-96, 299-306, 418-419, 421-422, 473-480.

Inquisitio, I, 451, 458-459; — *haeretica pravitatis*, II, 350, 352.

Interdictum Ecclesiae, I, 82-83, 275, 438-441, 470, 472; II, 328, 460.

J

Judicia Dei, I, 279, 284.

Juridiction disciplinaire de l'Église, I, 2, 12-26, 450 et s.; II, 366.

L

Latran (concordat de), II, 417.

Leges barbarorum, I, 9, 10, 19, 22-24, 109-110, 302, 319, 358, 378, 379, 381-382, 403; II, 84, 87.

Législation séculière sur le mariage, I, 2-26, 34-59, 320; II, 144, 225, 229-235, 257, 259, 398, 448-449; — Angleterre, I, 53; II, 215; — Autriche, I, 49-50, 53-54; — Allemagne, I, 52; II, 449; — Belgique, I, 52; — Espagne, I, 54-57; II, 228 note 4, 422, 449; — Hollande, I, 52; — Italie, I, 52; II, 449; — Roumanie, I, 57; — Pays scandinaves, I, 53; — Suède, II, 428 note 3.

Légitimation des enfants naturels, II, 38-47, 398 et s., 446.

Léon XIII, I, 77, 79; II, 239 note 1, 345, 416 note 1, 422, 428.

Lèpre, II, 11-12, 76-77, 98-99.

Liber practicus de consuetudine Remensi, I, 100, 158, 188, 465.

Liber status, II, 223-225.

Libri pœnitentiales, voyez *Pœnitentiales*.

Ligamen, I, 297-299, 452; II, 403, 379-384, 464-467.

Loi juive, I, 108, 120, 243, 297, 371, 415; II, 50-51, 299, 378, 388, 392-393.

M

Maladie, II, 11-12, 67, 99, 470.

Maléfice, I, 271-276, 280, 295; II, 318-319.

Mariage civil, I, 35, 48-59; II, 144, 217, 235, 257, 260, 366-367, 431, 473.

Mariages clandestins, I, 198-214; II, 35, 148-151, 177-194, 215-220, 228, 252-253, 297, 387, 421, 429-435.

Mariage entre absents (par procureur, par lettre), I, 189-191; II, 240-244, 432-433.

Mariage *in extremis*, I, 197; II, 222, 235, 434-435.

Mariages mixtes, II, 253-267, 456-460.

Mariage putatif, I, 206 et s.; II, 34-38, 41-47.

Mariage de conscience, II, 225-228, 234-235, 433.

Maternité, 98; II, 31.

Matrimonium non consummatum, I, 128, 130, 132, 136, 145-148, 270; II, 193, 320, 344, 347, 381-384, 420, 464-467.

Matrimonium initiatum, I, 122-131, 137, 147-148, 162; II, 83.

Matrimonium legitimum (verum), I, 248, 255; II, 303 et s., 389, 418-419, 421-422, 473-480.

Matrimonium præsumptum, I, 91, 93, 153-158; II, 151, 183, 237-240, 420, 424-428.

Matrimonium ratum, I, 122, 127, 248, 255.

Meurtre de l'époux (par son conjoint), I, 22, 428-432, 444; II, 78, 324 note 1, 394, 449, 461.

Mort (de l'un des époux), I, 298; II, 80, 84.

Mort civile, I, 298-299; II, 235.

O

Officium judicis, II, 8, 17, 111.

Opposition au (mariage), I, 42, 468-474.

Ordo sacer, I, 313-334, 452; II, 270-279, 386-387, 454-455, 461, 490-492.

P

Parochus, voyez *Propre curé*.

Pénalités (pénitences), I, 205-206, 305, 320, 327, 445; II, 177, 328, 350-351.

Petri exceptiones legum Romanorum, I, 134 note 3, 328 note 2, 387; II, 34.

Pie X, II, 418-419, 421, 422 et s., 429 et s.

Pierre Lombard, I, 60, 61, 131-136, 161, 175, 186, 187, 199, 242, 247, 251, 305, 307, 344 et s., 354, 363, 428; II, 24, 35-36, 88-94, 103, 108, 146-147, 420, 428.

Pœnitentiales (libri), I, 30, 59, 169-174, 250, 261-262, 278, 353, 360, 383, 447; II, 5, 67-75, 136.

Polyandrie, I, 75; II, 479.

Polygamie, I, 75, 254, 297; II, 175, 301 et s., 473-474, 478-479.

Possession d'état (*tractatus, nominatio, fama*), I, 222-225; II, 30, 32.

Prescription, I, 288, 460-463.

Présomption de paternité, II, 30-33.

Présomption (en général), II, 184, 217, 440.

Prêtres mariés, I, 315-317, 321-322, 333-334.

Preuve : de la *copula carnalis*, I, 215, 225-226, 467; — des empêchements, I, 468-472; — des fiançailles, I, 216; — de l'impuissance, I, 278-294; II, 306 et s., 452-454; — du mariage, I, 212-226, 339; II, 214-215, 230-234.

Preuve écrite du mariage (preuve par les registres des mariages), I, 216-219; II, 214-215, 226-228, 229-234.

Privilegium fori et canonis, II, 222.

Promoteur, I, 455.

Promulgation du décret *De clandestinis*, II, 215-222, 255-256, 421, 430-432.

Propre curé (*parochus*) et curé du lieu, II, 190, 195-196, 202-207, 220-222, 225-227, 230, 241-244, 245-246, 251, 255, 322, 421, 422, 429-435.

Prostituée, I, 233-234, 346.

Protestants, I, 34, 47; II, 141 et s., 156, 180-181, 259-267, 299-300, 330-331, 343-345, 418, 421, 430-432, 456-460.

Pseudo-Isidore, I, 25, 103, 419.

Publica honestas (publicæ honestatis justitia), I, 159, 162-164, 168, 235, 452; II, 295-298, 394, 421, 447-448.

Publications (bans) de mariage, I, 203, 454; II, 195-201.

Puissance maritale, II, 2 et s., 80.

Q

Quasi-domicile, II, 219, 429, 431.

R

Rapt, I, 434-437, 445; II, 194, 279-286, 449-450.

Reconciliatio (reassociatio) des époux, II, 101, 108, 115-117, 347, 468-469.

Regino (de Prüm), I, 13, 26, 457.

Registre de l'officialité de l'abbaye de Cerisy, I, 38, 100, 152, 154, 158, 204, 458, 472-474; II, 6, 114-115, 353.

Religieux (*professio religiosa*, moines), I, 303-312, 445; II, 454-456, 461.

S

Sacrement de mariage, I, 63, 89, 92, 132-135, 173, 183; II, 143-147, 172-176, 180, 182-183, 415-418, 476, 480.

Sanatio matrimonii in radice, II, 399-414, 481-482.

Saint Augustin, I, 69, 95, 104, 243, 247, 250, 301, 373, 416; II, 36, 56 et s., 81, 106, 132, 134.

Saint Paul, I, 3, 92, 97, 242, 246-247, 313, 355; II, 3, 13, 51.

Saint Thomas d'Aquin, I, 71, 83, 163, 178 note 1, 185; II, 146, 361-362, 369.

Seconds mariages, I, 118, 297; II, 119-125.

Séparation de corps (*divortium quoad torum*), I, 44, 209, 333, 452; II, 87, 100-118, 345-348, 467-472.

Separatio quoad bona et mutuam servitutem, II, 111-112, 348 note 4.

Serfs, I, 356, 369.

Serment (*fides data*), I, 109, 131 note 2, 153, 182-183, 433.

Servitus (mutua), II, 13 et s., 21 et s., 26, 114, 117.

Sévíces, II, 6, 19, 111-112, 114, 331, 348 note 4, 470.

Solennités, voyez *Formes, Célébration* « *in facie Ecclesiæ* ».

Sous-diacre, I, 317-320, 330; II, 454.

Sponsalia per verba de futuro, I, 102, 131, 138-145, 147, 148, 151-184,

188, 191, 193, 194, 195, 204, 221, 238, 432 et s., 436; II, 16-17, 83. 99, 237-240, 245, 252-253, 293-293, 394, 421, 422, 428, 447; : voyez *Piançailles*.

Sponsalia per verba de præsenti, I, 101-103, 131-136, 138-145, 148, 485-211, 221, 238, 335 et s.; II, 16, 37, 95.

Stérité, I, 278.

Syllabus de Pie IX, I, 77, 79; II, 345, 416 note 1.

Synodales causæ, I, 15, 457.

T

Témoins, I, 216, 219, 289, 298, 336, 456; II, 7, 177, 189, 190, 211-214, 434-435, 477.

Tempus feriarum (tempus clausum), I, 441-443; II, 320-322, 455.

Transaction, I, 465.

U

Unitas carnis, I, 94, 103-104, 124, 404, 410, 416; II, 27, 124.

V

Vagi, II, 205, 211, 429-430.

Vassallus, vassales, II, 79, 288.

Veufs, veuves, I, 117-118, 121, 136, 147, 300, 446-448; II, 119-125; — veuve d'un prêtre ou d'un diacre, I, 230-231; voyez *Seconds mariages*, *Mort*.

Vieillards, I, 269.

Violence (*metus*), I, 342-343; II, 9, 28, 184, 210, 282-286, 387, 441-442, 454.

Virgines (ou viduæ) sacræ, Deo dicatæ, velatæ, I, 300, 305, 309.

Virginité (continence), I, 300, 313; II, 22 et s., 144, 176.

Visite corporelle, I, 240, 281-283, 284-286; II, 309 et s.: 453-454; voyez *Impuissance*, *Impubères*.

Votum castitatis, 300-312; — *votum simplex*, I, 305; II, 22-25, 455-456; — *solemne*, I, 305-312; II, 384-386, 455, 461; — *tacitum*, I, 331; II, 270 et s., 275-279, 455; — vœux de la femme, II, 3 et s.

Y

Yves de Chartres, I, 72, 81 et s., 105, 113-115, 119, 161-162, 165 et s., 172, 180, 233, 237, 246, 253, 328, 359-363, 391, 428-429, 431; II, 86-87, 108, 357, 360.

DATE DUE	
SEP 30 2005	
SEP 21 2006	
JUL 5 2007	
GAYLORD	PRINTED IN U.S.A.

GTU Library
 2400 Ridge Road
 Berkeley, CA 94709
 For renewals call (510) 649-2500
 All items are subject to recall.

GTU Library



3 2400 00391 5307

